

UiO • Det juridiske fakultet

Tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede

Med særlig vekt på vernet etter EMK

Kandidatnummer: 691

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17 252



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Bakgrunn	1
1.2	Metode og kilder	3
2	MENNESKERETTSLIGE OG HELSERETTSLIGE BESTEMMELSER SOM BEGRENSER BRUK AV TVANG OG MAKT OVERFOR PSYKISK UTVIKLINGSHEMMEDE	5
2.1	En oversikt	5
2.2	Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9	6
2.2.1	Nærmere om begreper av særlig betydning.....	8
2.3	Forbudet mot tortur eller umenskelig eller nedverdiggende behandling i artikkel 3.....	13
2.3.1	Bestemmelsens innhold	13
2.3.2	Nedverdiggende behandling	13
2.4	Personlig frihet og sikkerhet- EMK artikkel 5.....	16
2.4.1	Bestemmelsens innhold	16
2.4.2	Frihetsberøvelse.....	16
2.4.3	“Unsound mind”- begrepet.....	20
2.4.4	Lovskravet	22
2.5	Privatliv og familieliv etter artikkel 8	28
2.5.1	Innledende kommentarer	28
2.5.2	Privatliv	29
2.5.3	Lovskravet	37
2.5.4	Formålskravet	38
2.5.5	Nødvendighetskravet.....	41
2.6	Forbudet mot diskriminering i artikkel 14	47
3	OPPSUMMERING	53
4	LITTERATURLISTE	54

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Det finnes visse grunnleggende rettigheter som man anser som medfødte, som for eksempel personlig integritet, frihet, privatliv og personlig autonomi. Dette er rettigheter som følger av blant annet Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK), som er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven av 1999 nr. 30.

Dette er rettigheter som blant annet er grensesettende når man innenfor omsorgssektoren benytter tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede.¹ Bakgrunnen for slik tvangsbruk er i de fleste tilfeller hensynet til andre rettigheter som sikkerhet, helse og velferd. Å unnlate å yte hjelp (også bistand som innebærer tvang) til psykisk utviklingshemmede, med det særlige hjelpebehovet de har, kan på den andre siden gå ut over vedkommendes verdighet og grunnleggende menneskelige behov.

Når tvang anvendes i vedkommendes egen interesse kalles den gjerne *omsorgstvang* eller *velferdspaternalisme*.² Videre taler man om sosial paternalisme, der formålet med et inngrep er å verne andre.³

De som faller innenfor gruppen “psykisk utviklingshemmede” har i varierende grad begrenset evne til å se konsekvensene av egne handlinger og avgjørelser. Begrepet omfatter et svært bredt spekter av diagnoser, noe som medfører at ikke alle som faller innenfor nødvendigvis mangler slik evne.

Utgangspunktet er at alle mennesker, også de med psykisk utviklingshemming har handlefrihet.

EMK åpner for bruk av tvang og makt overfor visse personer, blant annet gjennom inngrep i den personlige friheten og inngrep i privatlivet, etter unntaksbestemmelsene i henholdsvis art. 5 og 8. Om en slik adgang også rammer inngrep overfor psykisk utviklingshemmede må avgjøres ut i fra en tolkning av bestemmelsene og den Europeiske Menneskerettighetsdomstolens (EMD) praksis.

Norsk helse- og sosiallovgivning gir adgang til bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede i visse tilfeller. En slik adgang kan også leses ut i fra nødrettsbestemmelsen i

¹ Om begrepet “psykisk utviklingshemmet” se avsnitt 2.2.1.2.

² Se Syse (2011) s. 1-10.

³ Se Syse (2006) s. 322.

straffeloven § 47. Målet med bestemmelsene er som vi skal se nedenfor først og fremst å begrense og kontrollere bruken av tvang.

Fram til innføringen av kapittel 6A i sosialtjenesteloven i 1996, var det først og fremst de strafferettslige regene om nødrett som ga hjemmel for bruk av tvang og makt, mens det blant annet var forbudet mot frihetsberøvelse i strl. § 223 satte rammer for bruken. Tvangsmidelforskriften av 3. juni 1977 som på den tiden ble oppfattet som en presisering av straffeloven var utformet på en måte som indikerte en temmelig liberal holdning til rekkevidden av nødretten.⁴

Debatten om rettssikkerhet for utviklingshemmede skjøt fart fra midten av 1970- tallet. Angående tvangsbruk var “Gro-saken” av særlig interesse. Saken gjalt et adferdsterapeutisk behandlingsopplegg for en ung, utviklingshemmet jente, med sterke innslag av tvang, inkludert slag, spark og dusjing i kaldt vann for å få henne til å lystre.⁵

I 1993 ble Aslak Syse engasjert av Sosial- og helsedepartementet for å gjennomføre en kartlegging av den faktiske bruken av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede. Det viste seg at kvalifisert tvang ble anvendt i omtrent 600 tilfeller på landsbasis, de fleste i den psykisk utviklingshemmedes egen bolig. De fleste av disse tiltakene manglet hjemmel.⁶ Hjemmelen for tvang på denne tiden var nødrettsbestemmelsen i strl. § 47. En stor del av tvangstiltakene som ble gjennomført hadde imidlertid et systematisk og planlagt preg, og passet av den grunn ikke inn under nødrettsbestemmelsene i straffeloven.⁷

I kommunene ble det brukt tvang i omtrent 2000 tilfeller i 1993, heller ikke her forelå det noen positiv lovhjemmel, tvangen ble begrunnet i en form for “omsorgsplikt” som av kommunene ble ansett som tilstrekkelig hjemmel.⁸

Da kapittel 6A om bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede ble tatt inn i sosialtjenesteloven i 1999, stod særlig forholdet til menneskerettighetene sentralt i den offentlige debatten.⁹

⁴ Se Østenstad (2011) s. 64 og 65.

⁵ Se Østenstad (2011) s. 65.

⁶ Se Syse (1995) s. 250-251.

⁷ Se Syse (1995) s. 251.

⁸ Se Syse (1995) s. 251.

⁹ Se Kramås m.fl. (1999) s. 39.

I juridisk teori har tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede vært oppfattet som et vanskelig område, noe som har vist seg i usikkerhet, og delvis handlingslamming, både på lovgivningsplan og i juridisk praksis, nasjonalt og internasjonalt.¹⁰

Bjørn Henning Østenstad påpeker i denne sammenheng at grunnen til dette kan ligge i tvilen knyttet til håndteringen av en sentral , og i juridisk sammenheng underliggende, etisk problemstilling: hvilken vekt skal individets selvbestemmelsesrett ha i møte med den paternalistiske velferdstenkningen som fokuserer på behovet for å verne den hjelpetrengende mot skade?¹¹

I denne verdikonflikten bør selve menneskesynet om menneskers likeverd være utgangspunktet. Dette prinsippet er særlig viktig å holde fast på ettersom psykisk utviklingshemmede historisk har vært sett på som “annenrangs mennesker” i Norge og Europa.¹²

Røkke- utvalget som arbeidet med utarbeidelsen av loven uttalte i NOU 1991:20 at “Selv om noen ikke er i stand til alltid å innta fornuftige standpunkter , betyr ikke dette at andre uten videre har rett til å bestemme over deres liv. Tjenester må gis som et tilbud til den enkelte.”¹³ Spørsmålet oppgaven skal besvare er hvilke begrensninger EMK setter for tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

1.2 Metode og kilder

Som metode kommer jeg til å benytte meg av rettslig tolkning av delvis norsk lov og EMK.

Ved tolkning av de norske bestemmelsene tar jeg i bruk alminnelige rettskildeprinsipper for lovtolkning, det vil si at lovteksten, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori er sentrale kilder. Det foreligger lite norsk rettspraksis angående temaet oppgaven skal fremstille, derfor vil juridisk teori bli tillagt særlig stor plass ved lovtolkningen.

Ved tolkningen av de aktuelle bestemmelsene i EMK vil jeg i tillegg til ordlyden i stor grad benytte meg av praksis fra EMD, ettersom bestemmelsene i seg selv er nokså vagt formulert. Jeg kommer imidlertid til å anvende lite norsk rettspraksis. Det har til nå ikke vært tatt noen avgjørelser i Høyesterett angående tolkningen av de tvangsbestemmelsene som rammer psykisk utviklingshemmede.

¹⁰ Se Østenstad (2011) s. 791

¹¹ Se Østenstad (2011) s. 791.

¹² Se Kramås m.fl. (1999) s. 16.

¹³ Se NOU 1991:20 s. 40.

Ved tolkningen av de norske bestemmelsene benytter jeg meg av en del lovforarbeider, herunder forarbeider til den opphevede sosialtjenesteloven.

Selv om sosialtjenesteloven er opphevet og proposisjonene er relativt gamle, er noen av uttalelsene fortsatt delvis gyldige.

Av norske domstoler har det flere ganger blitt uttalt at ved tolkning av EMK skal norske domstoler benytte seg av samme metode som EMD, men med den reservasjon at det først og fremst er EMD som skal utvikle konvensjonen videre.¹⁴

Tolkning av EMK skal skje etter de tolkningsprinsipper som er stilt opp i Wien-konvensjonen art. 31-33.

Hovedregelen i Wien-konvensjonen art. 31 første ledd er:

«A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.»

Bestemmelsen gir uttrykk for en objektiv tolkningsteori; man skal bygge på den alminnelige forståelsen av begrepene som blir brukt. Man skal finne fram til partenes vilje, slik den er uttrykt i teksten. Henvisningen til “good faith” henviser til at tolkningen skal skje med lojalitet til partenes vilje.¹⁵

Der ordlyden er åpen skal man velge den løsning som best samsvarer med traktatens formål (effektivitetsprinsippet).¹⁶

Wien-konvensjonens betydning for EMDs traktat-tolkning viser seg blant annet i Bancovicsaken. Klagen ble avvist, men for å komme fram til dette resultatet bygget EMD på den alminnelige forståelse av begrepet (det vil si slik dette var foreslått i annen folkerett). Det ble videre lagt vekt på partenes praksis under konvensjonen. Dessuten ble det lagt vekt på forarbeidene som bekreftet partenes intensjoner i forbindelse med den aktuelle bestemmelsen.

¹⁴ Se Elgesem (2003) s. 205.

¹⁵ Se Elgesem (2003) s. 206- 207.

¹⁶ Se Elgesem (2003) s. 207.

2 Menneskerettslige og helserettslige bestemmelser som begrenser bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede

2.1 En oversikt

Som nevnt i innledningen er det visse menneskerettigheter som vil virke begrensende når tvang og makt skal anvendes overfor psykisk utviklingshemmede. Man må i tråd med våre internasjonale forpliktelser vurdere i hvilken grad man kan tillate bruk av tvang og makt uten at slike tiltak kommer i strid med de bestemmelsene vi har forpliktet oss til å overholde. Av norske tvangsbestemmelser er det som nevnt hol. kap. 9 som først og fremst som skal tas opp til vurdering.

Når det gjelder bruken av tvang og makt i seg selv er det først og fremst EMK artikkel 3, 5 og 8 som vil virke begrensende. Bestemmelsene verner henholdsvis mot tortur og neverdigende behandling, ulovlig frihetsberøvelse og retten til privatliv.

Artikkel 14 vil også være aktuell, ettersom den verner mot diskriminering av blant annet psykisk utviklingshemmede, ettersom bestemmelsene om tvangsbruk i hol. kapittel 9 kun gjelder overfor denne gruppen. Vilkårene for lovlig forskjellsbehandling som EMD har utviklet ved tolkningen av art. 14 må være oppfylt.

Både stater og enkeltpersoner kan klage inn saker for EMD, jf. EMK art. 33 og 34. Både lovvedtak, forvaltningsvedtak og rettslige avgjørelser kan prøves. Statene er forpliktet til å rette seg etter EMDs avgjørelser, jf. art. 46, nr. 1. Videre kan lover som anses å være i strid med konvensjonen settes til side eller tolkes innskrenkende av norske domstoler, jf. mrl. §§ 1 og 3.¹⁷

Det legges til grunn i menneskerettsloven § 2 første ledd at den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen skal gjelde som norsk lov i den grad de er bindende for Norge.

Det er ingen saker angående tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede som hittil har vært vurdert i forhold til menneskerettighetene.

Videre bestemmer lovens § 3 at bestemmelser i konvensjoner nevnt i § 2 ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Altså skal bestemmelsene i EMK gå foran norsk lov ved motstrid.

¹⁷ Se blant annet Rt. 2005 s. 833.

I Rt. 2000 s. 996 (Plenumsdommen) ble det slått fast at dersom det tolkningsresultat som følger av EMK fremstår som “rimelig klart”, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn. Konvensjonsbestemmelsen skal legges til grunn selv om dette vil medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsedesatt.¹⁸

I forbindelse med vedtakelsen av både sosialtjenesteloven og helse- og omsorgstjeneste loven ble det vurdert og konstantert at reglene rundt bruk av tvang og makt ikke var i strid med menneskerettighetene, jf. Ot.prp.nr. 55 (2002-2003)¹⁹.

I proposisjonen ble det henvist til denne uttalelsen fra Rådet (en rådgivende gruppe som skulle følge med i praktiseringen av sostjl. kap. 6a og vurdere praksis i forhold til rettssikkerhets-spørsmål og den faglige utviklingen):

“Rådet har drøftet forholdet til menneskerettighetene på en rekke møter med representanter for myndigheter og fagmiljøer, og også med menneskerettighetsekspertene i Norge og i de andre nordiske land. Også menneskerettighetsorganer i Europarådet har vært konsultert. ...Rådets vurdering er derfor at denne form for regulering i seg selv ikke er i strid med Norges menneskerettslige forpliktelser forutsatt at de praktiseres lojalt i forhold til det uttalte formål, nemlig å erstatte tvang med frivillighet så langt som overhodet mulig.”²⁰

Uttalelsen taler for at også hol. kap. 9 blir ansett å være i samsvar med menneskerettighetene. Bestemmelsene er som nevnt ment å være en videreføring av bestemmelsene i sostjl. kap. 4A. (Rådet har i følge sitatet ovenfor gjort en grundig vurdering av bestemmelsenes forhold til menneskerettighetene, og uttalelsene bør derfor tillegges betydelig vekt som rettskilde.)

2.2 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 omhandler “rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning”. Formålet med reglene er i følge § 9-1 første ledd “å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt”, jf. første ledd. Videre skal tjenestetilbudet “tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens

¹⁸ Se Rt. 2000 s. 996, s. 1007.

¹⁹ Se Ot.prp.nr. 55 (2002-2003), kapittel fire.

²⁰ Se Ot.prp.nr. 55 (2002-2003), s. 20. y

selvbestemmelsesrett...ingen skal behandles på nedverdiggende eller krenkende måte” jf. andre og tredje ledd.

Som vi ser tillater loven bruk av tvang der hensynet til vedkommendes egen eller andres interesser tilsier det. Ut i fra lovens ordlyd er det på den annen side klart at det er selvbestemmelse som skal være utgangspunktet. Loven nevner begreper som “fyskisk og psykisk integritet”, “selvbestemmelsesrett” og “nedverdiggende eller krenkende” behandling. Dette er begreper jeg skal forklare nærmere.

Lovens virkeområde blir fastsatt i § 9-2, mens de nærmere vilkår for bruk av tvang og makt er nedfelt i § 9-5. også her blir det uttrykkelig bestemt at tvang er unntaket fra hovedregelen om selvbestemmelse. I første ledd slås det fast at tvang og makt kun skal tas i bruk når andre mulige løsninger alt er forsøkt. Dette er et krav som bare kan fravikes i “særlige tilfeller, og det skal i så fall gis en begrunnelse”.

Bruk av tvang og makt skal være “faglig og etisk forsvarlig”²¹, det skal legges vekt på “hvor inngripende tiltaket er for den enkelte bruker eller pasient”. Videre skal “tiltakene ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas”²². Endelig kan tvang og makt bare brukes for å “hindre eller begrense vesentlig skade”,²³ jf § 9-5, annet ledd.

I tredje ledd listes opp tre tilfeller der tvang og makt kan anvendes: “ved skadeavvergende tiltak i nødsituasjoner”²⁴, for det andre ved “planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner”, og for det tredje, ved “tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings og treningstiltak”, jf. § 9-5, tredje ledd, bokstav a-c.

Om innholdet i “nødsituasjon” ble uttalt i forarbeidene til sosialtjenesteloven kapittel 4A At det ikke gjelder noe krav om at skaden har oppstått. Det må imidlertid foreligge en nærliggende og påregnelig skademulighet. Det kan ikke dreie seg om hvilken som helst liten mulighet for at noe kan skje. Det må være en konkret faresituasjon som innebærer at risikoen må ha gitt seg konkrete uttrykk. Videre må det være sannsynlig at skaden vil oppstå i den enkelte

²¹ Om vilkårene “faglig og etisk forsvarlig” se Østenstad (2006) s. 412, 633-634.

²² Om nødvendighetskravet og forholdsmessighetskravet se Østenstad (2006) s. 629-648.

²³ Om kravet til “vesentlig skade” se Østenstad (2006) s. 389-394

²⁴ Om “nødsituasjoner” se Østenstad (2006) s. 379-381, 617- 619

situasjonen. Det er imidlertid ikke nødvendig at faren er overhengende, slik den er i en akutt nødsituasjon.²⁵

Loven stiller krav om at helse- og omsorgspersonell foretar en konkret vurdering vedrørende lovligheten av tvang og makt ved hvert enkelt tilfelle. Dessuten skal andre mulige løsninger være prøvd ut først. Med dette menes antakelig løsninger der tiltaket gjennomføres på frivillig basis.

I § 9-2 første ledd slås det fast at reglene i kapittelet skal gjelde ved bruk av tvang og makt i tjenester etter § 3-2 nr. 6 bokstavene a-d, som gjelder helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt, plass i institusjon, herunder sykehjem og avlastningstiltak, til personer med psykisk utviklingshemming.

I § 9-6 settes noen særlige grenser for bruk av enkelte tiltak. I første ledd bestemmes at mekaniske tvangsmidler som hindrer bevegelsesfriheten bare kan brukes for å hinde fall o.l. I andre ledd settes det rammer for bruken av skjerming der dette er nødvendig på grunn av nødsituasjon etter § 9-5 tredje ledd. Slik skjerming skal foregå i ordinært beboelsesrom med åpen dør. Bare unntaksvis, av hensyn til sikkerhet, kan døren låses. Videre bestemmes det i tredje ledd at opplærings- og treningstiltak ikke er tillatt der disse “påfører brukeren eller pasienten psykisk eller fysisk skade, herunder all form for fysisk refselse, eller som innebærer betydelig fysiske og psykiske anstrengelser for brukeren eller pasienten eller medfører fysisk isolering”. Loven har dermed, i tillegg til hovedbestemmelsen om tvangsbruk i § 9-5, en særlig sikkerhetsventil for å verne mot særlig inngripende tiltak.

Jeg kommer ikke til å gå nærmere inn på de øvrige bestemmelsene i kapittel 9.

Grunnet oppgavens begrensning går jeg heller ikke inn på de tvangshjemlene som finnes i straffeloven og pasient- og brukerrettighetsloven, som også er aktuelle overfor psykisk utviklingshemmede.

2.2.1 Nærmere om begreper av særlig betydning

2.2.1.1 Hva er “tvang og makt” etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9?

I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 andre ledd defineres tvang og makt som

“...tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt. Bruk av inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger skal alltid regnes som bruk av tvang eller

²⁵ Se Ot.prp.nr. 55 (2002-2003)

makt etter reglene i kapittelet her. Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt.”

Det virker ikke som om loven skiller mellom innholdet i begrepene “tvang” og “makt”.

Definisjonen omfatter alle tiltak mot tjenestemottakeren som utføres i strid med vedkommendes vilje. Med “motsetter seg” menes både fysisk og verbal motstand. Definisjonen omfatter både situasjoner der tiltaket skal få personen til å utføre eller unnlate en handling, og der tjenestemottakeren må tåle å selv bli utsatt for handlinger. Videre omfattes tiltak som griper direkte inn i personens påbegynte handlinger, som stopping eller korreksjon ved bruk av fysisk makt.²⁶

Videre omfattes tiltak som er “(...)så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt”. Her trekker Helse og omsorgstjenesteloven tvangsbegrepet lenger enn andre lover på helserettens område, ettersom den ikke grenser av mot tilfeller der den psykisk utviklingshemmede yter motstand.²⁷

Loven bruker “tvang og makt” til å definere en type tvang og makt, en såkalt sirkeldefinisjon. Ut i fra ordlyden alene kan det tolkes som at loven sikter til tiltak som er så tett innpå den personlige sfære, at det uansett motstand vil føles krenkende at andre mennesker “tar seg til rette”. Det er uten videre vanskelig å si noe mer om hvilke type tiltak det eventuelt siktes til.

Kjønstad m.fl. uttaler at det bak formuleringen ligger et ønske om å beskytte tjenestemottakere mot psykisk eller fysisk integritetskrenkende inngrep, også når de ikke forstår hva som foregår. Det er i første rekke tale om inngrep som rammes av strl. § 228 om legemsfornærmelse, men kan også være andre typer virkemidler som faktisk hindrer bevegelsesfrihet og handelfrihet uten å ha klar karakter av tvang. Bestemmelsen vil også kunne fange opp tilfeller der tjenestemottaker blir utsatt for integritetskrenkelser og latterligjøring uten at det er tale om straffbare handlinger.²⁸

Videre uttales i forarbeidene til sosialtjenesteloven at tiltak skal regnes som tvang eller makt dersom det må antas å medføre psykisk eller fysisk ubehag, smerte eller liknende, som man normalt vil reagere på, uansett om vedkommende gir uttrykk for motstand eller ikke.²⁹

²⁶ Se Ot.prp.nr. 58 (1994-1995) s. 38

²⁷ Se Syse (2002) s. 87

²⁸ Se *Sosial trygghet og rettssikkerhet* (2000) s. 277.

²⁹ Se Ot.prp.nr. 58 (1994-1995) s. 38-39

I tillegg omfatter tvangsbegrepet “inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger”. Det presiseres i forarbeidene til sosialtjenesteloven kap. 6a at bestemmelsen bare omfatter de alarmsystemer som må anses som inngripende i forhold til vedkommendes privatliv og bevegelsesfrihet. Det vil si at mindre omfattende alarm- og varslingssystemer ikke omfattes. Her kan for eksempel nevnes varselklokker koblet til utgangsdøren som slår ut på alle som går gjennom den. Mens tekniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten eller som gir bredere informasjonsgrunnlag faller innenfor. Avsluttende presiseres det at de innretninger som faller utenfor krever samtykke fra vedkommede selv eller verge dersom de skal instaleres i privat bolig.³⁰

Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden anses ikke som bruk av tvang eller makt, jf. tredje ledd. Det må forstås slik at også der pasienten eller brukeren gir uttrykk for motvilje, vil en oppfordring eller ledelse med hånden som medfører at vedkommende skifter mening ikke anses som tvang og makt, men som en overtalelse.

Bestemmelsen skal i følge forarbeidene til sosialtjenesteloven forstås slik at trusler eller stemmebruk som er egnet til å skape frykt eller underkastelse ikke omfattes. Det understrekes at slike virkemidler uansett ikke kan anses som faglig eller etisk forsvarlige.³¹

Med “fysiske påvirkninger” menes det samme som med verbale instruksjoner, men med fysiske midler. Denne metoden for overtalelse er først og fremst aktuell for de som ikke oppfatter eller forstår muntlige instruksjoner. Vanlig håndledelse, dvs. håndledelse uten holding, skal ikke regnes som tvang etter disse reglene. Det konstanteres videre at om håndledelsen innebærer holding, kommer kapittelets regler til anvendelse. Det gjøres klart at håndledelse bare er et eksempel i en rekke av mange teknikker som ikke er egnet for opplisting, derav tillegget “fysiske påvirkninger av liknende art”.³²

Noen vil kanskje hevde at bruken av oppfordring og ledelse med hånden burde være omfattet av tvangsbegrepet hvis den psykisk utviklingshemmede gir tydelig uttrykk for motvilje, tatt i betraktning den underordnede og dermed sårbare posisjonen vedkommende befinner seg i i utgangspunktet, og på grunn av vissheten om at tvang vil bli anvendt hvis vedkommende ikke gir etter for overtalelsen.

³⁰ Se Ot.prp.nr. 58 (1994-1995) s. 38

³¹ Se Ot.prp.nr. 58 (1994-1995) s. 39

³² Se Ot.prp.nr. 58 (1994-1995) s. 38

Ettersom også psykisk tvang skal omfattes av tvangsbegrepet mener jeg selv det er naturlig at slike tilfeller vil kunne falle under tvangsbegrepet. Etter min mening bør det være den subjektive opplevelsen av overtalelsen som er avgjørende, og alternativet “oppfordring og ledelse med hånden” bør derfor ikke utelukkes fra tvangsbegrepet i de tilfeller som nevnt ovenfor.

Østenstad inkluderer videre både motstand og passivitet til tvangsbegrepet.³³ Han mener at bare å fokusere på motstand blir for snevert i forhold til de særlige problemer som reiser seg i forbindelse med omsorg og behandling av psykisk utviklingshemmede (og demente). Fravær av protest kan skyldes mye annet enn at vedkommende egentlig stiller seg likegyldig.

Hva som utover dette skal anses som bruk av tvang og makt må avgjøres ut i fra en helhetsvurdering.³⁴

Vurderingen av om det foreligger tvang vil antakelig bli særlig problematisk i forbindelse med psykisk utviklingshemmede, fordi disse i noen grad har dårligere forutsetninger enn andre til å gi uttrykk for sin vilje. Av denne grunn må man kanskje i større grad foreta en objektiv vurdering av hva som naturlig bør karakteriseres tvang.

At den som utsettes for et tiltak ikke uttrykkelig gir uttrykk for motvilje betyr ikke at vedkommende ønsker å gå med på et foreslått tiltak, eller at han eller hun ville gjort det dersom vedkommende hadde evnen til å vurdere konsekvensene av tiltaket selv.

Antakelig medfører dette også at terskelen bør være nokså lav for når et tiltak anses som tvang, som nevnt ovenfor bør tvang også omfattes der vedkommende er passiv, jf. Østenstad. I forbindelse med tvangsinnleggelse i psykiatrisk institusjon uttaler Syse at grensen mellom tvang og frivillighet er flytende, og at pasienter kan oppleve juridisk “frivillige” innleggelser som tvangsinnleggelser.³⁵

Det samme må også antas å gjelde for psykisk utviklingshemmede, der tvang i mange tilfeller er et sannsynlig alternativ til frivillighet.

2.2.1.2 Hva innebærer det å være “psykisk utviklingshemmet”?

Det er viktig å være klar over at ikke alle psykisk utviklingshemmede mangler evnen til å se konsekvensene av egne avgjørelser, mange fungerer godt på egen hånd, derfor gjelder kapittel

³³ Se Østenstad, 2011, s. 61 og 62.

³⁴ Se Ot.prp.nr. 58 (1994-1995).

³⁵ Se Syse (2002) s. 86.

9 i helse- og omsorgstjenesteloven bare “enkelte psykisk utviklingshemmede”, jf. overskriften i nevnte kapittel.³⁶

Anslagsvis 3 % av befolkningen har psykisk utviklingshemning. På den standardiserte intelligensstabellen som brukes til å måle graden av utviklingshemning er dette alle som har lavere enn 70 i IQ.³⁷

I merknadene til sosialtjenesteloven § 6A første ledd ble det uttalt at “psykisk utviklingshemning brukes som en samlet betegnelse for en hel rekke forskjellige tilstander med høyst ulike årsaker og symptomer.” Som fellesnevner for gruppen “psykisk utviklingshemmede” ble likevel nevnt at “vedkommendes læreevne og mulighet til å klare seg i samfunnet er mer eller mindre hemmet og at tilstanden viser seg tidlig.”³⁸

Denne definisjonen er etter min mening nokså ufullstendig.

Store medisinske leksikon har gitt en mer medisinsk forklaring av termen. Psykisk utviklingshemning er her forklart som en tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå som er spesielt kjennetegnet ved hemning av ferdigheter som manifester seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det almenne intelligensnivået.³⁹

Syse beskriver psykisk utviklingshemning som en tilstand som følge av svikt i de kognitive funksjoner. Med kognitive funksjoner menes høyere mentale prosesser som oppmerksomhet, hukommelse, språk, informasjonsbearbeidelse, ervervelse av kunnskap og erfaringer, problemløsning, tenkning og bedømming.⁴⁰

Syses definisjon samsvarer med definisjonen til Store medisinske leksikon, men den er mer utfyllende og forklarer nærmere hvilke typiske kjennetegn tilstanden medfører. Det er som nevnt et bredt spekter av diagnoser som dekkes “av psykisk utviklingshemming” og det er derfor naturlig å anta at mange psykisk utviklingshemmede likevel har flere av de egenskapene som er nevnt ovenfor i behold.

Likevel er det etter min mening Syses definisjon som best tydeliggjør behovet for inngrep overfor psykisk utviklingshemmede. Denne vil derfor bli lagt til grunn i oppgaven.

³⁶ Se Kjønstad m.fl. (2012) s. 305.

³⁷ Se Ulrik Malt, utviklingshemning psykisk, 2009 (Malt, 2009)

³⁸ Se Ot.prp.nr. 58 (1994-1995) s. 38.

³⁹ Se Ulrik Malt, utviklingshemning psykisk, 2009

⁴⁰ Se Aslak Syse, Rettssikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmede: rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler, 1995, s. 27.

2.3 Forbudet mot tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling i artikkel 3

2.3.1 Bestemmelsens innhold

I EMK art. 3 gis et absolutt forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Et krav om fravær av slik behandling finnes også i hotjl. § 9-1, tredje ledd.

Ved bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede er det først og fremst forbudet mot nedverdiggende behandling som kan tenkes å være i faresonen, dersom det skulle være tale om brudd på artikkel 3.

Videre skal jeg gjøre en vurdering av forbudet mot nedverdiggende behandling etter art. 3 og av hvilke rammer dette eventuelt setter for tvangsbruk etter hol. kap. 9.

2.3.2 Nedverdiggende behandling

EMD har gjennom sin praksis betegnet nedverdiggende behandling som sterk fysisk eller psykisk lidelse. Terskelen vil variere ettersom hvilket område man befinner seg på.⁴¹

Det er naturlig å anta at terskelen i alle fall vil være lavere i det private enn i det offentlige, ettersom det antakelig, vil føles mer nedverdiggende å bli utsatt for tvang i sitt eget hjem. Videre vil tvangsbruk trolig føles mer nedverdiggende jo nærmere den personlige sfære man kommer.

Ordlyden “sterk fysisk eller psykisk lidelse” taler for at det skal mye til før noen kan sies å være utsatt for “nedverdiggende behandling”. Å bli utsatt for lidelse, er ikke i seg selv tilstrekkelig. Jeg antar at forholdsmessighetskravet som stilles i norsk rett, i de fleste tilfeller vil være til hinder for bruk av tvang der denne vil medføre “sterk fysisk eller psykisk lidelse” for vedkommende. Det er først og fremst for å verne liv, og i noen grad helse, at man tillater så inngripende tvangsbruk.

De mest inngripende tiltakene er som vi har sett begrenset gjennom hol. § 9-6.

I Norge finnes det ingen hjemmel for administrativ frihetsberøvelse av psykisk utviklingshemmede, fastspenning i remmer osv. er derfor ikke en aktuell tvangsmetode, slike virkemidler vil eventuelt bare bli brukt for å gi nødvendig støtte, hindre fall osv., jf. hol. § 6-9 første ledd. Den fysiske eller psykiske lidelse som kreves av EMD kan imidlertid antakelig også oppleves ved kortvarig frihetsberøvelse som nevnt i hotjl. § 9-6, samt annen tvangsbruk for å

⁴¹ Se Syse (2006) s. 327.

hindre vesentlig skade etter § 9-5. En person legges for eksempel i bakken, holdes opp mot en vegg e.l.

Det vil likevel være svært tvilsomt om slik kortvarig behandling vil være naturlig å anse som “sterk fysisk eller psykisk smerte”. I *Herczegfalvy mot Østerrike* ble klageren utsatt for alvorlige inngrep som tvangsmedisinering og tvangsmating. Behandlingen resulterte i tap av tenner, brukne ribbein og blåmerker. Han var remmet fast i sengen med håndjern og fotremmer i en periode på to uker.⁴²

I dette tilfellet ble det likevel ikke konstatert brudd på art. 3 fordi behandlingen ble ansett som *nødvendig*.

Det synes dermed som at terskelen for hva som anses som nedverdiggende lagt høyere der den aktuelle behandlingen anses som nødvendig, enn der den anses som unødvendig.

Det må gjøres en slags forholdsmessigsvurdering av forholdet mellom inngrepets alvorlighet og inngrepets nødvendighet, for å avgjøre hvorvidt forholdet er å anse som nedverdiggende.

Det er hittil ingen avgjørelser som tar opp forhold mellom art. 3 og tvang overfor psykisk utviklingshemmede i forbindelse med omsorgstjenster. Det er altså ikke konstatert av EMD at tvangsbruk som er nødvendig for å sikre en persons sikkerhet, øvrige helse og velferd er lovlig etter art 3.

Selv om EMD har tillatt inngripende tvangsbruk i forbindelse med omsorg og behandling i en rekke saker angående blant annet psykiatriske pasienter, er spørsmålet om slik tvangsbruk overfor gruppen psykisk utviklingshemmede fortsatt uavklart.

Angående grensen for hva som anses som nødvendig i forbindelse med behandling og omsorg, synes det som at EMD har gitt statene en vid skjønnsmargin, det er derfor vanskelig å si noe nøyaktig om avgrensingen.⁴³

Nødvendighetskravet ble i *Herczegfalvy mot Østerrike* formulert på denne måten:

“The established principles of medicine are admittedly in principle decisive in such cases; as a general rule, *a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading*. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist.”⁴⁴ (Min kursivering).

⁴² Se *Herczegfalvy mot Østerrike* avsnitt 30.

⁴³ Se blant annet *Herczegfalvy mot Østerrike*.

⁴⁴ Se *Herczegfalvy mot Østerrike* avsnitt 82.

Praksisen ser også ut til å ha blitt lagt til grunn i norsk rett. I lagmannsrettens dom LF-2000-1026 – RG-2002-195 (31-2002) ble spørsmålet rundt nedverdiggende behandling etter EMK art. 3 tatt opp, også her i forbindelse med tvang overfor en pasient innenfor tvungent psykisk helsevern. Avgjørelsen gjaldt spørsmål om oppreisningserstatning etter bruk av mekaniske tvangsmidler, her belter og remmer, noe som må anses som svært inngripende. Pasienten hadde vært fastspent i remmer i 78 døgn over 5 perioder i løpet av et halvt år. Det uttales i forhold til EMK art. 3 at uterapeutisk, medisinsk ubegrunnet beltebruk er i strid med konvensjonen. Videre legges til grunn at det ikke er utillatelig å ha en regel som henviser til skjønn, men da må det gis klare kriterier for kjønnsutøvelsen, jf. konvensjonens krav til “law”.⁴⁵

De mest inngripende tiltakene som kan gjennomføres med hjemmel i § 9-5 vil sannsynligvis kunne virke nedverdiggende. Loven stiller krav om nødvendighet til slike og andre tiltak, jf § 9-5 andre ledd. Dermed er det tvilsom om bestemmelsen ville blitt ansett å være i strid med art. 3.

Videre vil et tvangsmessig, nedverdiggende inngrep som ikke er nødvendig, neppe være i tråd med kravet om etisk og faglig forsvarlighet.

I tillegg gir kravet om at andre tiltak en tvang eller makt skal være prøvd ut, i § 9-5 første ledd, en anvisning om at tiltaket må være nødvendig.

Utgangspunktet om at nødvendige, behandlende tiltak ikke er i strid med art. 3 på tross av at de kanskje i utgangspunktet kan anses som nedverdiggende, kan antakelig, i noen tilfeller overføres til situasjoner der psykisk utviklingshemmede som mottar omsorgstjenester blir utsatt for tvang. Likevel vil det være litt andre hensyn som spiller inn ved tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede etter hol. kap. 9, særlig tiltak etter § 9-5 tredje ledd, bokstav c.

Det er vanskelig å gi noe konkret svar på om tvangsbruk etter hol. kap. 9 vil være nedverdiggende. Når det er sagt, peker etter min mening EMDs praksis i retning av at heller ikke behandling av psykisk utviklingshemmede, vil være ulovlige etter art. 3.

Kravene til “nedverdiggende behandling” er som vi har sett strenge, i tillegg virker det som nevnt som at terskelen for hva som anses som nedverdiggende legges særlig høyt der det er tale om nødvendige, behandlende inngrep.

⁴⁵ Se LF-2000-1026 – RG-2002-195 (31-2002)

2.4 Personlig frihet og sikkerhet- EMK artikkel 5

2.4.1 Bestemmelsens innhold

EMK art. 5 bestemmer at enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet; “everyone has the right to liberty and security of person.”

Bestemmelsen lister opp en rekke uttømmende tilfeller der frihetsberøvelse likevel kan være rettmessig dersom det blir gjort med en framgangsmåte foreskrevet ved lov (“in accordance with a procedure prescribed by law”).

I bestemmelsens første ledd, bokstav e nevnes lovlig frihetsberøvelse av personer for å hindre spredning av smittsomme sykdommer, av sinnslidende, alkoholister, narkomane eller løsgjengere.

Vedrørende lovligheten av tvangsreglene i hotjl. kap. 9 i forhold til EMK art. 5, blir det for det første avgjørende om tvangsreglene i kapittel 9 skal anses som frihetsberøvende etter art. 5, og for det andre om psykisk utviklingshemmede faller under betegnelsen sinnslidende som er den norske oversettelsen av originaltekstens “unsound mind”.

2.4.2 Frihetsberøvelse

Bestemmelsen gir ikke uttrykk for hva som nærmere skal forstås med frihetsberøvelse. EMD har heller ikke gitt absolutte rammer for begrepet, men har knyttet rekkevidden av begrepet til en rekke faktorer som må vurderes konkret; herunder tiltakets art, varighet, virkning og gjennomføringsmåte.⁴⁶

Tilsvarende faktorer ble lagt til grunn i H.M. mot Sveits, som jeg skal se nærmere på nedenfor. Her blir det også lagt til grunn at skillet mellom frihetsberøvelse og frihetsbegrensning kun er et spørsmål om grad og intensitet, og ikke tiltakets art eller type.⁴⁷

I Guzzardi mot Italia ble det videre uttalt at EMD ikke ville ta abstrakte vurderinger ut i fra hvilke tiltak som er mulig etter det nasjonale lovverket, men må ta en konkret vurdering ut i fra klagerens situasjon.⁴⁸

Denne tilnærmingen blir av Østenstad beskrevet som en argumentasjon knyttet til selvbestemmelsesrettsposisjonen. Fokuset er rettet mot inngrepets objektive alvorsgrad.⁴⁹ Østenstad

⁴⁶ Se Engel m.fl. mot Nederland avsnitt 59.

⁴⁷ Se H.M. mot Sveits avsnitt 42.

⁴⁸ Se Guzzardi mot Italia avsnitt 92.

⁴⁹ Se Østenstad (2011) s. 208.

påpeker likevel at det i H.M mot Sveits, på et tidlig stadium kommer til syne en kryssende argumentasjonslinje med utgangspunkt i velferdspaternalistisk tenkning- det settes fokus på kvinnens objektive behov for hjelp. EMD velger å sammenlikne avgjørelsen med Nielsen mot Danmark, selv om den objektive alvorsgrad i de to avgjørelsene var nokså ulike, her er det dermed behovet for inngrep som er sammenlikningsfaktoren.⁵⁰

I utgangspunktet ble det i forarbeidene til sosialtjenesteloven konkludert med at siden loven ikke åpner for administrativ frihetsberøvelse vil lovforslaget til Ot.prp.nr. 58 (til sosialtjenesteloven) falle utenfor anvendelsen av art. 5.⁵¹

På tross av at dette kommer jeg til å ta en nærmere vurdering av art. 5 i forhold til psykisk utviklingshemmede. Man bør etter min mening være oppmerksom på at inngrep etter hotjl. § 9-5 vil kunne medføre andre former for frihetsberøvelse, slike inngrep vil uansett bare være forholdsmessige for å ivareta tungtveiende verdier som hensynet til liv og sikkerhet.

En person som er sterkt psykisk utviklingshemmet kan ikke bevege seg utenfor boligen på egenhånd. Dersom vedkommende forsøker å forlate boligen vil han eller hun bli stoppet med fysisk makt, for egen eller andres sikkerhet. Et alternativ er at vedkommende ikke engang forsøker å forlate boligen, på grunn av vissheten om at han eller hun kommer til å bli stanset. Reelt sett er bevegelsesfriheten deres begrenset til boligen. Som vi skal se nedenfor ble det av mindretallet i H.M. mot Sveits lagt vekt på at den reelle bevegelsesfriheten til klageren var begrenset ettersom hun var avhengig av rullestol, og måtte ha hjelp av andre om hun skulle bevege seg utenfor sykehjemmet. Mange psykisk utviklingshemmede har i tillegg sykdommer som gjør at de er avhengige av rullestol, og dermed helt avhengige av hjelp fra andre for å bevege seg rundt.

Av denne grunn mener jeg det er nødvendig å se nærmere på grensene for frihetsberøvelse etter art. 5 første ledd, bokstav e. Disse grensene er som vi har sett nokså uklare, jeg skal nedenfor ta for meg noen avgjørelser som likevel kan gi indikasjoner på hvor grensene ligger, i forhold til psykisk utviklingshemmede og “unsound mind”- kriteriet.

2.4.2.1 H.M. mot Sveits og H.L. mot Storbritannia

Avgjørelsene H.M. mot Sveits og H.L. mot Storbritannia omhandler spørsmålet om rammene for frihetsberøvelse i forbindelse med inngrep mot henholdsvis en dement og en psykisk utviklingshemmet.

⁵⁰ Se Østenstad (2011) s. 209-210.

⁵¹ Se Ot.prp.nr. 57 (1995-1996) S. 7.

H.M. mot Sveits gjalt en pasient som var plassert på pleiehjem på grunn av “omsorgssvikt”, hun var ikke i stand til å ta vare på sin egen helse, og nektet å ta i mot hjelp fra helsepersonell i sitt eget hjem. Pasienten hevdet at hun var blitt utsatt for ulovlig frihetsberøvelse fordi art. 5 bare nevner “løsgjenger” og ikke omsorgssvikt som bakgrunn for frihetsberøvelse i bokstav e. Hun hadde fått tilbud om hjelp i hjemmet som et alternativ til innleggelse på pleiehjem, men klageren hadde som nevnt nektet og ta i mot slik hjelp. Forholdene i klagerens hjem var i følge staten så dårlige at tvangsflytting til pleiehjem ble ansett som helt nødvendig. Klageren hadde adgang til å bevege seg fritt på pleiehjemmet og til fritt å kommunisere med mennesker utenfor pleiehjemmet.⁵²

Spørsmålet for EMD var først og fremst om inngrepet kvalifiserte til frihetsberøvelse etter EMK art. 5. Et flertall på 5 av syv dommere svarte benektende på dette, begrunnelsen var delvis det store *behovet for inngrep* og delvis den *utstrakte friheten* klageren hadde under oppholdet på sykehjemmet.⁵³ Det ble dermed ikke nødvendig å vurdere hvorvidt frihetsberøvelsen var lovlig.

Dommen indikerer at terskelen for hva som regnes som frihetsberøvelse senkes der det er stort behov for inngrepet.

Dette vises også ved at EMD kobler spørsmålet til avgjørelsen Nielsen mot Danmark, som gjaldt innleggelse av en 12 år gammel gutt i psykiatrisk sykehusavdeling mot hans vilje, med samtykke fra hans mor. Oppholdet varte i knapt et halvt år. Flertallet på ni dommere av seks-ten kom til at inngrepet ikke var å anse som ulovlig frihetsberøvelse. I Nielsen dommen ble det uttalt at:

“The applicant was in need of medical treatment for his nervous condition and the treatment administered to him was curative, aiming at securing his recovery from his neurosis”.⁵⁴

Hensynet til det som er den objektiv beste løsningen for pasienten viser seg å være avgjørende når det gjelder lovligheten av frihetsberøvelse etter art. 5.⁵⁵ I forhold til hol. kap. 9 vil en slik tankegang medføre at færre tilfeller av inngrep regnes som frihetsberøvelse, ettersom det er velferdspaternalistiske hensyn som stort sett er bakgrunnen for slike inngrep.

⁵² Se H.M. mot Sveits avsnitt 3, 44 og 45.

⁵³ Se H.M. mot Sveits avsnitt 45-48.

⁵⁴ Se H.M. mot Sveits, 2002, avsnitt 43.

⁵⁵ Se Østenstad (2011) s. 211.

Sakene er ellers ganske ulike, en viktig forskjell er at dørene var låste i Nielsen-saken, i H.M. var de åpne og klageren stod fritt til å bevege seg på området. På den annen side var 12-åringens opphold i institusjon tidsbegrenset, noe det virker som om oppholdet til klageren i H.M. ikke var.⁵⁶

Det ble lagt stor vekt på at kvinnen ikke ble plassert på avspærret avdeling og at bevegelsesfriheten var stor innenfor sykehjemmets område, men mindretallet påpekte at bevegelsesfriheten likevel var begrenset ettersom kvinnen satt i rullestol og var helt avhengig av hjelp fra andre for å komme seg rundt. Mindretallet uttalte at: “In my opinion, however, it is clear that she was not permitted to leave the institution and go home, and that, if she did, she would have been brought back to the nursing home.”⁵⁷ Mindretallet legger her vekt på den *reelle* bevegelsesfriheten.

I H.L. mot Storbritannia var klageren psykisk utviklingshemmet, i tillegg hadde han diagnosen autisme. Han manglet taleevne og hadde begrenset forståelsesevne. Klageren ble innlagt på psykiatrisk institusjon på grunn av et tilfelle av selvskading.⁵⁸

Innleggelsen ble ansett som frivillig, tvangsinnleggelse ble vurdert som unødvendig ettersom mannen var medgjørlig og ikke viste motstand.⁵⁹ Spørsmålet var likevel om han hadde blitt utsatt for frihetsberøvelse etter art. 5 nr. 1.

EMD ser her ut til å ha den samme utgangspunktstillingen som i H.M. mot Sveits og Nielsen mot Danmark, fokus rettes mot inngrepets objektive alvorsgrad.⁶⁰

Det vises i denne sammenheng til uttalelsen:

“...the Court considers the key factor in the present case to be that the health care professionals treating and managing the applicant exercised complete and effective control over his care and movements from 22 July 1997, when he presented acute behavioural problems, to 29 October 1997, when he was compulsorily detained.”⁶¹

Interessant med denne dommen er likevel at EMD i motsetning til i H.M. mot Sveits og Nielsen mot Danmark, ikke fortsetter med å argumentere med behovet for inngrep. Inntrykket er

⁵⁶ Se Østenstad (2011) s. 210.

⁵⁷ Se H.M. mot Sveits, Concurring opinion of judge Gaukur Jörundsson

⁵⁸ Se H.L. mot Storbritannia, avsnitt 9.

⁵⁹ Se H.L. mot Storbritannia, avsnitt 12.

⁶⁰ Se Østenstad (2011) s. 221.

⁶¹ Se H.L. mot Storbritannia, avsnitt 91 og Østenstad (2011) s. 221.

dermed at EMD holder seg til det tradisjonelle argumentasjonsmønsteret i denne avgjørelsen.⁶²

Dersom paternalistiske hensyn skal ha betydning for rekkevidden av frihetsberøvelse er det naturlig å anta at et slikt syn også kan overføres til situasjoner der tvang og makt anvendes overfor psykisk utviklingshemmede, forutsatt at inngrep etter kapittel 9 vil kunne medføre frihetsberøvelse etter art. 5.

En slik utvikling vil medføre at færre tilfeller av frihetsbegrensende tiltak faller under “frihetsberøvelse” hva gjelder psykisk utviklingshemmede, ettersom velferdspaternalistiske argumenter som regel er styrende ved inngrep overfor disse.

Likevel ser det ut til at EMD gikk tilbake til det tradisjonelle mønsteret for vurdering av frihetsberøvelse i H.L. mot Storbritannia. Det er etter min mening naturlig å anta at en slik argumentasjonlinje på den andre siden vil medføre at visse inngrep etter § 9-5 vil bli regnet som frihetsberøvelse, ettersom hensyn til blant annet liv vil rettferdiggjøre svært inngripende tiltak.

Her gir ikke praksis noen entydige svar. Også på dette området må man anta at statene vil ha en relativt bred skjønnsmargin når det kommer til å vurdere nødvendigheten av et inngrep som har hjemmel i lov.

2.4.3 “Unsound mind”- begrepet

For at det skal foreligge lovlig frihetsberøvelse etter art. 5, første ledd bokstav e, må frihetsberøvelsen ramme en person som faller under minst en av kriteriene i bokstav e, i dette tilfellet “unsound mind”.

Det har gjennom praksis vist seg usikkerhet angående rekkevidden av “unsound mind”- begrepet. Østenstad påpeker at domstolen i H.M. mot Sveits antakelig styrer unna denne problematikken ved å, på utradisjonelt vis, konstatere at det ikke forelå frihetsberøvelse.⁶³

Det har ikke vært gitt noen uttalelser fra EMD om hvorvidt psykisk utviklingshemmede faller under “unsound mind”- begrepet.

Andre uttalelser fra EMD angående avgrensningen er imidlertid av interesse.⁶⁴ I Hutchison Reid mot Storbritannia, ble det uttalt at det ikke er et krav om at tilstanden må være mottakelig for behandling:

⁶² Se Østenstad (2011) s. 222.

⁶³ Se Østenstad (2011) s. 219.

⁶⁴ Se Østenstad (2011) s. 451.

“Such confinement may be necessary not only where a person needs therapy, medication or other clinical treatment to cure or alleviate his condition, but also where the person needs control and supervision to prevent him, for example, causing harm to himself or other persons...”⁶⁵

Dommen hadde riktignok psykiatrien i fokus, men uttalelsene åpner likevel for at det kan iverksettes frihetsberøvelse for eksempel for å gjennomføre somatisk behandling, eller pleie og omsorg.⁶⁶

Videre gav EMD denne uttalelsen om “unsound mind”- begrepet i Winterwerp mot Nederland:

“This term is not one that can be given a definitive interpretation: as was pointed out by the Commission, the Government and the applicant, it is a term whose meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses, an increasing flexibility in treatment is developing and society’s attitude to mental illness changes, in particular so that a greater understanding of the problems of mental patients is becoming more wide-spread.”⁶⁷

Det har dermed ikke blitt gitt noen presis definisjon av begrepet.

Uttalelsen taler for at begrepet skal ha en vid rekkevidde. Begrepet er dynamisk og må dermed tolkes utifra behovet i samfunnet på ethvert tidspunkt.

Klageren i H.L mot Storbritannia var psykisk utviklingshemmet, men han hadde i tillegg den psykiatriske diagnosen autisme, denne dommen er dermed heller ikke noe rent eksempel på at psykisk utviklingshemming kan omfattes av “unsound mind”.⁶⁸ I kommisjonsavgjørelsen X mot Sveits forutsettes derimot at psykisk utviklingshemming dekkes av “unsound mind”- kriteriet. Ettersom klageren her var psykisk utviklingshemmet.⁶⁹

Etter sikker praksis skal psykisk utviklingshemmede med IQ på 50 eller mindre falle under straffelovens “sinnsyk”- begrep, dette er også lovfestet i strl. § 44, andre ledd.⁷⁰

Hensynet til samfunnskontrollen tilsier at personer som oppfattes som potensielle skadevoldere , skal kunne ivaretas og gis egnede tilbud, samfunnshensyn kan tilsi at mennesker med

⁶⁵ Se Hutchison Reid mot Storbritannia avsnitt 52.

⁶⁶ Se Østenstad (2011) s. 451.

⁶⁷ Se Winterwerp mot Nederland avsnitt 37.

⁶⁸ Se H.L. mot Storbritannia avsnitt 9.

⁶⁹ Se Østenstad (2011) s. 452.

⁷⁰ Se Syse (1995) s. 129.

manglende skylddevne frihetsberøves dersom det er fare for at de forårsaker menneskelige eller store materielle skader.⁷¹

Ordlyden i “unsound mind”- begrepet indikerer en vid avgrensning, “mind” henviser ikke bare til en aktivt virkende sykdom, men også til det forstandsmessige eller intellektuelle.⁷²

Det har ikke vært gitt helt entydige signaler fra domstolen angående avgrensingen, men den har til nå gitt uttrykk for at termen skal ha vid rekkevidde, noe som samsvarer med ordlyden.

Formålet med unntaket i art. 5 andre ledd er helt klart at man skal kunne beskytte visse personer mot seg selv, eller å beskytte andre når vedkommende på grunn av sin tilstand handler urasjonelt. Hos psykisk utviklingshemmede kan det på grunn av deres diagnose forekomme plutselig aggressivitet og utagering, det er etter min mening naturlig og anta at disse er ment å dekkes av “unsound mind” begrepet.

2.4.4 Lovskravet

Dersom man legger til grunn at psykisk utviklingshemmede faller under “unsound mind”-kriteriet blir avgjørende for lovligheten av inngrepet om tvangsbruken faller inn under kriteriene i hotjl. § 9-5 tredje ledd. Hvis ikke vil frihetsberøvelse av psykisk utviklingshemmede være i strid med EMK art. 5.

Legalitetsprinsippet medfører uansett at det kreves klar lovhjemmel ved administrativ frihetsberøvelse. Det samme kravet stilles i blant annet EMK art. 6. Disse bestemmelsene stiller i tillegg krav til rettslig prøvingsadgang av vedtak om frihetsberøvelse, noe som er blitt tatt hensyn til i Norsk lov gjennom særreglene i tvistelovens kapittel 36.⁷³

I Norge har vi et generelt prinsipp om at et hvert inngrep i den privates rettsstilling krever hjemmel i lov. Et slikt prinsipp er delvis nedfelt i Grunnlovens §§ 99 og 102 knyttet til fengsling og husundersøkelser, men er også ansett å være ulovfestet rett med konstitusjonell rang.⁷⁴

Spørsmålet blir dermed om de inngrep som følger av hol. kap. 9 kan medføre frihetsberøvelse etter art. 5.

Når det gjelder hvilke konkrete inngrep som skal anses som frihetsberøvende uttales Ot.prp.nr. 57 (1995-1996) at for at det skal foreligge en frihetsberøvelse må bevegelsesfrihe-

⁷¹ Se Syse (1995) s. 129.

⁷² Se Østenstad (2011) s. 452.

⁷³ Se Syse (1995) s. 129.

⁷⁴ Se Blant annet Andenæs og Fliflet (2008) s. 226.

ten være begrenset av fysiske hindringer.⁷⁵ Et eksempel på fysiske hindringer er for eksempel låste dører, remmer eller bruk av fysisk makt for å holde en person tilbake, for eksempel for å hindre at personen gjør skade på seg selv eller andre.⁷⁶

Om man skal legge denne definisjonen til grunn må man anta at en del tilfeller av frihetsbegrensninger for mennesker som bor i omsorgsbolig, faller utenfor bestemmelsen. Man kan for eksempel se for seg at en bruker av sikkerhetsmessige grunner er helt avhengig av tilsyn hvis han eller hun skal bevege seg utenfor boligen. Brukere med særlig utfordrende adferd må kanskje følges opp av en eller flere personale. Man kan se for seg at muligheten til å bevege seg fritt der de selv ønsker, blir noe begrenset, for eksempel på grunn av mangel på personal i boligen, på grunn av personalets arbeidstider el. Eller kanskje har personalet i boligen flere beboere de følger opp, slik at de ikke kan dra derfra uten videre. Selv om bevegelsesfriheten ikke er begrenset med fysiske hindringer, har de reelt sett ikke anledning til å bevege seg utenfor boligen.

I Engel uttalte domstolen at begrenset bevegelsesfrihet til militærbasens område ikke var å anse som frihetsberøvelse, her måtte grensen trekkes der soldater ble sperret inne bak lås og slå.⁷⁷ Det ble imidlertid uttrykt at grensene var andre for militære tjenestemenn, enn for sivile.

Både denne avgjørelsen og H.M. mot Sveits taler for at begrensning av psykisk utviklingshemmedes frihet innenfor boligen ikke rammes av frihetsberøvelse i art. 5.

Når det gjelder mekaniske tvangsmidler som hindrer brukerens eller pasientens bevegelsesfrihet, som belter, remmer, skadeforebyggende spesialklær og liknende, er det bestemt i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-6 første ledd at disse *bare kan brukes* for å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall og for å hindre at brukeren eller pasienten skader seg selv.

I bestemmelsens annet ledd bestemmes det at dersom det er en nødsituasjon⁷⁸ som etter § 9-5 tredje ledd bokstav a og b gjør det nødvendig å skjerme brukeren eller pasienten fra andre personer, skal skjermingen foregå i et ordinært beboelsesrom uten låst dør, sikkerhetsmessige

⁷⁵ Ot.prp.nr. 57 (1995-1996) s. 7.

⁷⁶ Ot.prp.nr. 57 (1995-1996) s. 7.

⁷⁷ Se Engel m.fl. mot Nederland (norsk sammendrag).

⁷⁸ Se om "nødsituasjon" i avsnitt 2.2.

hensyn kan likevel tilsi at døren låses. Skjermingen skal avbrytes så fort situasjonen er bragt under kontroll.

Det fastsettes i forarbeidene til sosialtjenesteloven at tilbakeholdelse i form av låste dører og konsekvent tilbakehenting for de som har kommet seg ut, i utgangspunktet vil bli ansett for frihetsberøvelse. Andre tiltak som gjør at personen kan holdes tilbake i huset eller leiligheten, eventuelt i eget rom, vil også i utgangspunktet være frihetsberøvelse, det vil imidlertid gå for langt å anse enhver tilbakeholdelse som frihetsberøvelse. For å få en tjenestemottaker med utagerende atferd ut av situasjonen og derved bryte atferdsmønsteret, kan kortvarige frihetsinnskrenkninger være nødvendig. Slike tiltak vil på grunn av sin art og korte varighet falle utenfor det som anses som ulovlig frihetsberøvelse.⁷⁹

Dette kan diskuteres. Man skulle tro at også kortvarige tiltak kan innebære en frihetsberøvelse, dersom inngrepets objektive alvorsgrad likevel er stor. Det sies ikke noe videre om hva som menes med “kortvarige frihetsinnskrenkninger”, det er vanskelig å si noe om hvor lang tid det må være snakk om for at det skal være tale om en frihetsberøvelse.

Som nevnt vil administrativ frihetsberøvelse av psykisk utviklingshemmede ikke oppfylle lovskravet etter art. 5 ettersom hol. kap. 9 ikke hjemler slik frihetsberøvelse.

Mens det internrettslige legalitetsprinsipp som hovedregel krever at inngrepet er forankret i formell lov, er dette ikke noe absolutt krav etter EMK. Formuleringen ”in accordance with the law” omfatter, i samsvar med den engelske common law tradisjonen, også hjemler som har sitt fundament i sedvane, rettspraksis og administrativ praksis. Dette ble slått fast i *Sunday Times mot Storbritannia*.⁸⁰

En rekke barnevernssaker mot Sverige kan også være illustrerende. Blant annet *Olsson 1 mot Sverige* som gjaldt omsorgsfratakelse. EMD godtar for det første at en vag og upresis lovtekst kan utfylles gjennom forarbeider. I tillegg godtas at vage forarbeider utfylles gjennom generelle merknader.⁸¹

Problemet med å kreve et særlig presist lovverk på området for tvangsbruk, er at bestemmelse skal kunne anvendes på en rekke forskjellige tilfeller, og det er nødvendig med en noe vid utforming av bestemmelsene for at dette skal være mulig.

I *Hafsteinsdottir mot Island* ble det uttalt at

⁷⁹ Se Ot.prp.nr. 57 (1995-1996) S. 14

⁸⁰ Se *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 47.

⁸¹ Se *Olsson 1 mot Sverige*, avsnitt 62.

“In addition, the Court stresses that where deprivation of liberty is concerned it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied. It is therefore essential that the conditions for deprivation of liberty under domestic law be clearly defined and that the law itself be foreseeable in its application, so that it meets the standard of “lawfulness” set by the Convention...”⁸²

Denne uttalelsen gir uttrykk for et strengere lovskrav enn i blandt annet Olsson 1. Her er det tale om lovskravet ved frihetsberøvelse. Frihetsberøvelse er i seg selv et så alvorlig inngrep at det er naturlig at det stilles et strenge krav til lovgivningen, det er viktig at man skal kunne forutse et frihetsberøvende inngrep. For mange psykisk utviklingshemmede vil imidlertid det å kunne forutse sin egen rettsstilling være vanskelig.

Og i H.L. mot Storbritannia som også gjelder frihetsberøvelse uttales at:

“Further, given the importance of personal liberty, the relevant national law must meet the standard of “lawfulness” set by the Convention which requires that all law be sufficiently precise to allow the citizen – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action might entail”.

Den sistnevnte dommen er særlig aktuell her ettersom den gjelder frihetsberøvelse overfor en psykisk utviklingshemmet. Her tales det, i motsetning til uttalelsen i Hafsteinsdottir om *for-sigbarehet til en rimelig grad*.

Selv om hjemmelskravet er formulert på noe ulik måte i de forskjellige bestemmelsene er det sikker tolkning at kravet i utgangspunktet har samme innhold der det er brukt i konvensjonen.⁸³

I artikkel 5 første ledd kreves at frihetsberøvelsen må være “...i samsvar med en framgangs-måte foreskrevet ved lov”. I art. 8 at kan inngrep foretas “... når dette er i samsvar med lo-ven...”.

At lovskravene i de ulike bestemmelsene skal gis samme innhold ble blant annet presisert i Sunday Times mot Storbritannia, avgjørelsen gjaldt retten til ytringsfrihet etter art. 10. Det avgjørende var her at den franske originalteksten benytter en ensartet uttrykksmåte i artikkel 8-

⁸² Se Hafsteinsdottir mot Island avsnitt 51.

⁸³ Se Malone mot Storbritannia .

11. Selv om art. 5 ikke ble nevnt i uttalelsen, må man også for denne bestemmelsens del ta utgangspunkt i at mye er likt.⁸⁴

I hjemmelskravet ligger videre dels et krav om nasjonal lovhjemmel, og dels autonome kvalitetskrav. Kravet om nasjonal hjemmel blir i mindre grad kontrollert av EMD. I *Barthold mot Tyskland* ble det uttalt at regelverket klart måtte brytes for at EMK skulle være krenket.⁸⁵ I *Hafsteinsdottir mot Island* erkjente EMD at det er staten, særlig domstolene, som i hovedsak skal tolke og anvende nasjonal lov.⁸⁶

Den viktigste siden ved lovskravet er i denne sammenheng de selvstendige kravene til inngrepshjemmelsens kvalitet som EMD har utviklet gjennom praksis. Formålet med disse er først og fremst å hindre vilkårlig inngrep.⁸⁷

Hjemmelskravets innhold har blitt presisert på denne måten i *Sunday Times mot Storbritannia*:

“In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression “prescribed by law”. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances.”⁸⁸

For det første må loven tilstrekkelig tilgjengelig slik at borgerne har mulighet til å tilegne seg tilstrekkelig informasjon om de rettsregler som gjelder i en gitt situasjon. Adgang til bruk av tvang og makt overfor visse psykisk utviklingshemmede er i Norge nedfelt i formell lov, for disse bestemmelsene er dermed den delen av lovskravet oppfylt.⁸⁹

⁸⁴ Se *Sunday Times mot Storbritannia*, avsnitt 48 og Østenstad (2011) s. 553.

⁸⁵ Se *Barthold mot Tyskland* avsnitt 48.

⁸⁶ Se *Hafsteinsdottir mot Island* avsnitt 52.

⁸⁷ Se *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49 og Østenstad (2011) s. 554.

⁸⁸ Se *Sunday Times mot Storbritannia*, avsnitt 49.

⁸⁹ Se blant annet *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 47.

Videre må loven være formulert med tilstrekkelig presisjon slik at det er mulig for borgerne tilpasse sin adferd etter den, man må til en rimelig grad kunne forutse konsekvensene som en gitt handling vil medføre. Det kreves ikke absolutt forutsigbarhet, loven må være i stand til å holde tritt med skiftende omgivelser.

Noen fullstendig utvanning av presisjonskravet er det likevel ikke tale om, jf. *Malone mot Storbritannia*:⁹⁰

“...the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference”⁹¹

Loven må likevel indikere omfanget av det skjønn den har tillagt de kompetente myndigheter med tilstrekkelig klarhet med hensyn til formålet med det aktuelle inngrepet, for at loven skal kunne gi individet en fullgod beskyttelse mot vilkårlige inngrep.

EMD har også gitt uttrykk for at bestemmelsen må være tydelig i forhold til formålet med inngrepet, for at den skal kunne anses som tilstrekkelig klar. Dette var sentralt både i *Malone* og *Herczegfalvy*.⁹² I *Herczegfalvy* ble klageren utsatt for brevsensur, noe man hadde nasjonal hjemmel for, men EMD underkjente hjemmelen som utilstrekkelig fordi den ikke oppga hvilke formål eller hensyn slike alvorlige inngrep skulle ivareta.⁹³

Skjerdal kommenterer at “det kan reises spørsmål ved realiteten i et krav om formålsangivelse.” Han argumenterer med at det ikke er gitt at dette vil skape større forutsigbarhet for enkeltindividet, og at enhver kompetansebestemmelse vil jo ha et formål i den forstand at lover ikke blir til ved en tilfeldighet.⁹⁴

Denne påstanden kan jeg vanskelig si meg enig i. Særlig på området for tvangsbruk, der tiltak etter loven er svært inngripende, må det være av stor betydning at den enkelte bestemmelse forklarer formålet med inngrepet. Hvis ikke vil det være en fare for at hjemmelen anvendes utenfor de situasjoner som var påtenkt av lovgiver, selv om andre rettskilder kan gi noe veiledning. Manglende presisering av formålet kan dermed føre til at loven ikke oppfyller klarhetskravet etter EMK.

⁹⁰ Se Østenstad (2011) s. 555.

⁹¹ Se *Malone mot Storbritannia*, avsnitt 68.

⁹² Se Skjerdal (2001) s. 352.

⁹³ Se *Herczegfalvy mot Østerrike* avsnitt 91.

⁹⁴ Se Skjerdal (2001) s. 352.

2.5 Privatliv og familieliv etter artikkel 8

2.5.1 Innledende kommentarer

EMK art. 8 som verner enkeltpersoners privatliv og familieliv er kanskje den menneskerettslige bestemmelsen som er mest aktuell i forbindelse med bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede, ettersom det er tale om inngrep i vedkommendes eget hjem, og typisk nært inne på den utviklingshemmedes personlige sfære.

Bestemmelsens første ledd slår fast at alle har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. Andre ledd presiserer at det ikke skal skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når det er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den “nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”.

Konvensjonsorganenes praksis tilsier at unntaksbestemmelsene skal tolkes snevert.⁹⁵

Bestemmelsen er særlig aktuell for psykisk utviklingshemmede. Som følge av HVPU-reformen ble ordningen med offentlige institusjoner avvirket, og bofellesskap o.l. skal anses som privat bolig.⁹⁶

Dermed har omsorgspersonal adgang til å gripe inn med tvang overfor brukerne også innenfor deres eget hjem.

Boligen er en viktig del av retten til privatliv- “my home is my castle”. Denne skal være et fristed der man i stor utstrekning bør få være i fred om man ønsker det.⁹⁷ Det er bare i unntakstilfeller man kan gi lovgivning om tvangsbehandling av psykisk utviklingshemmede i deres eget hjem, uten å komme i konflikt med “privatlivets fred”.⁹⁸ Slik lovgivning er *særlig* problematisk der den søker å fremme vedkommendes egne interesser, og ikke “andres rettigheter og friheter”.⁹⁹

Når det kommer til å gripe inn i en psykisk utviklingshemmets privatliv med hjemmel i hotjl. kap. 9, er det først og fremst hensynet til helse eller moral, eller andres rettigheter eller frihe-

⁹⁵ Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 7

⁹⁶ Se Syse (2002) s. 98

⁹⁷ Se Syse (1995) s. 161.

⁹⁸ Se Syse (1995) s. 130.

⁹⁹ Se Syse (1995) s. 130.

ter som vil rettferdiggjøre inngrepet, etter art. 8. At inngrepet skal være “nødvendig” henviser videre til en forholdsmessighetsvurdering; det skal være forholdsmessighet mellom inngrepet og inngrepets formål.

2.5.2 Privatliv

EMD har i en rekke avgjørelser gitt uttrykk for hvor grensen skal gå når det gjelder hva som skal regnes som inngrep i privatlivet etter art. 8.

I J.R. m.fl. mot Sveits ga kommisjonen uttrykk for at selv det minste medisinske inngrep *utført med tvang* er å regne som inngrep i privatlivet.¹⁰⁰

Men Herczegfalvy mot Østerriket kan likevel, som vi har sett i kapittel 2.2, bidra til å reise en viss tvil om dette.¹⁰¹ Lovligheten av den behandlingen klageren hadde fått ble vurdert etter både art. 3 og art. 8, på tross av den brutale behandlingen klageren hadde blitt utsatt for ble det ikke konstatert krenkelse av noen av bestemmelsene.¹⁰² Storck mot Tyskland kan igjen rydde denne tvilen av veien, der det ble uttalt:

“In so far as the applicant argued that she had been medically treated against her will while detained, the Court reiterates that even a minor interference with the physical integrity of an individual must be regarded as an interference with the right to respect for private life under Article 8 if it is carried out against the individual’s will.”¹⁰³

Det virker som om tvang alltid vil utgjøre et inngrep i privatlivet. Uttalelsene er ikke begrenset til å gjelde bare medisinske inngrep. Videre er det ikke bare fysisk tvang som vil rammes av art. 8, men også inngrep i den psykiske integritet.¹⁰⁴

Ifølge norsk lov er også inngrep der vedkommende ikke gir uttrykk for motstand å anse som tvang, dersom tiltaket er veldig inngripende. Et annet spørsmål er om også slik tvang dekkes av art. 8.

Domstolen uttalte i Pretty mot Storbritannia at:

“In the sphere of medical treatment, the refusal to accept a particular treatment might, inevitably, lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's

¹⁰⁰ Se Østenstad (2011) s. 234-235, med videre henvisninger.

¹⁰¹ Østenstad (2011) s. 235.

¹⁰² Se Herczegfalvy mot Østerrike, avsnitt 82.

¹⁰³ Se Storck mot Tyskland, avsnitt 143.

¹⁰⁴ Se Østenstad (2011) s. 235.

physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention.”¹⁰⁵

“Without consent” taler for at passivitetstilfellene er naturlig å regne som inngrep tilsvarende der det foreligger motstand. Her setter domstolen grensen mot inngrep for samtykkekompetente personer. Uttalelsen kan forstås som at terskelen er høyere for personer som er psykisk utviklingshemmede.¹⁰⁶

Det vil i såfall virke unaturlig ettersom psykisk utviklingshemmede har et særlig behov for beskyttelse mot inngrep i privatlivet.

Østenstad uttaler at vurderingen av terskelen for inngrep bør skje på samme måte for psykisk utviklingshemmede som for andre, med utgangspunkt i selvbestemmelsesrettsposisjonen.¹⁰⁷

For den nærmere grensetrekkingen er det naturlig å ta som utgangspunkt hvilke inngrep som kan sammenliknes med tvang i alvorsgrad, når det gjelder krenkelse av selvbestemmelsesretten.¹⁰⁸

Det er nærliggende å trekke frem situasjoner der man fullstendig fratar den hjelpetrengende faktisk mulighet til å vise motstand. For eksempel ved å blande medisin i mat uten å opplyse pasienten om det, eller å gjennomføre tiltak mens hun eller han sover. Eller situasjoner der medisiner gir store bivirkninger, men uten at tjenestemottakeren forstår hvorfor disse plagene oppstår.¹⁰⁹

Videre skal privatliv også omfatte forhold utenfor hjemmet, særlig private relasjoner med andre mennesker. Dette ble blant annet lagt til grunn i Niemietz mot Tyskland:

“The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life". However, it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.”¹¹⁰

¹⁰⁵ Se Pretty mot Storbritannia, avsnitt 63.

¹⁰⁶ Se Østenstad (2011) s. 237.

¹⁰⁷ Se Østenstad (2011) s. 237.

¹⁰⁸ Østenstad (2011) s. 241.

¹⁰⁹ Østenstad (2011) s. 241.

¹¹⁰ Se Niemietz mot Tyskland avsnitt 29 og

I P.G. og J.H. mot Storbritannia ble det uttalt at dersom det var tale om en privat form for samkvem, vil tilfellet falle under “privatliv”, selv om personene oppholder seg i offentlig rom.

¹¹¹ (Avgjørelsen gjaldt spørsmål om lovligheten av overvåkning).

I uttrykket “rett til respekt” ligger det særlig et vern mot overgrep fra myndighetenes side. I tillegg medfører retten til respekt en viss positiv plikt fra myndighetenes side ved å yte den enkelte bistand i forbindelse med dennes personlige utfoldelse og utvikling. ¹¹²

Videre skal jeg ta for meg to sentrale sider ved “privatliv”-begrepet som i særlig stor grad er utsatt der tvang og makt brukes overfor psykisk utviklingshemmede. For det første vil et inngrep i privatlivet i mange tilfeller medføre et inngrep i vedkommendes psykiske og fysiske integritet, og for det andre i vedkommendes selvbestemmelsesrett.

2.5.2.1 Fysisk og psykisk integritet

Kjernen om vernet til privatliv er den fysiske og psykiske integritet. ¹¹³ Det følger av EMDs praksis at også fysisk og psykisk integritet vernes gjennom retten til privatliv i art. 8.

I Pretty mot Storbritannia ble det uttalt: “As the Court has had previous occasion to remark, the concept of “private life” is a *broad term not susceptible to exhaustive definition*. It covers the physical and psychological integrity of a person...”. ¹¹⁴ (min kursivering).

Begrepet integritet kan forstås som respekt for en persons vurderinger, uavhengighet og ukrenkelighet. Denne respekten viser seg blant annet ved å la vedkommende ha visse verdier i fred, og retten til fravær av inngrep. ¹¹⁵

Begrepet kan antakelig gis forskjellig innhold og rekkevidde avhengig av hvilken sammenheng det brukes i. Uansett kan begrepet assosieres med noe som er knyttet til den enkeltes person. Det kan også knyttes til begreper som respekt, autoritet og verdighet.

I hotjl. § 9-1 bestemmes det i andre ledd at “tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet”.

Kramås m.fl. uttaler at forbudet mot nedverdiggende og integritetskrenkende behandling i loven må ses som en rettslig standard eller retningslinje for å forhindre bruk av urimelige eller

¹¹¹ Se P.G. og J.H. mot Storbritannia avsnitt 56.

¹¹² Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 8

¹¹³ Se Syse (2006) s. 329.

¹¹⁴ Se Pretty mot Storbritannia avsnitt 61 med videre henvisninger.

¹¹⁵ Se Kjønsstad m.fl. (2012) s. 281.

uetiske metoder, og ikke som et absolutt forbud, ettersom tvangsbruk i seg selv vil oppfattes som nedverdiggende av de fleste.¹¹⁶

Østenstad deler opp integritetsbegrepet i tre mulige betydninger; integritet som en tilstand av helhet, integritet som personlig sfære og integritet som visse moralsk verdifulle karakteregenskaper. I rettslige sammenhenger er det gjerne størst fokus på integritet som *personlig sfære*.¹¹⁷

Bestemmelsen i § 9-1 andre ledd nevner både respekt for fysisk og psykisk integritet, og autonomi (selvbestemmelsesrett) som hensyn ved tjenestetilbud etter kapittel 9.

Skille mellom integritet og autonomi kan framstå som litt uklart, Syse forklarer skille på denne måten: ufødt liv og nylig avdøde har krav på integritet, men ikke på autonomi. Integritet kan ikke avledes fra autonomi, og autonomi kan ikke avledes fra integritet.¹¹⁸

Prinsippet om å respektere et menneskes integritet kan sees som et videre prinsipp enn hensynet til menneskets autonomi. Et menneske som er sterkt mentalt funksjonshemmet, kan vanskelig tillegges en selvbestemmelsesrett på alle livsområder. Like fullt har vedkommende krav på at hans eller hennes integritet blir respektert. På tilsvarende vis kan vedkommende vanskelig pålegges plikter, men det har like fullt krav på respekt. Et menneske kan altså ha rettigheter, både etisk og rettslig, uten at det kan pålegges plikter av noe slag.¹¹⁹

Syse henviser blant andre til Nistun 1994 s. 42, som i motsetning til Syse er av den oppfatning at integritet vanskelig kan ses som et selvstendig overordnet prinsipp, og til Tranøy 1994 s. 33-41 som presenterer autonomibegrepet og integritetsbegrepet hver for seg, men som understrekes at de er nært forbundet med hverandre.¹²⁰

Syse hevder at integritetsvernet som utgangspunkt vil være det samme for alle individer, uavhengig av et foreliggende forstandshandicap. Men hensynet til selvbestemmelsesretten vil vanskeligere gis fullt gjennomslag i en situasjon der personen selv ikke har oversikt over aktuelle handlingsvalg og konsekvensene av disse.¹²¹

Lovens ordlyd taler på den annen side for at de to begrepene skal ses hver for seg. I andre ledd første setning uttales det at "tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkel-

¹¹⁶ Se *Sosial trygghet og rettssikkerhet* (2000) s. 280.

¹¹⁷ Se Østenstad, (2011) s 100.

¹¹⁸ Syse (1995) s. 415. (Bischofsberger 1990 s. 14)

¹¹⁹ Se Aslak Syse (1993) s.375.

¹²⁰ Se Syse (1995) s. 415.

¹²¹ Se Aslak Syse (1995) s. 415.

tes fysiske og pysiske integritet...”. Likevel kan man gjøre inngrep i en persons selvbestemmelsesrett jf. ordlyden, “... og *så langt som mulig* i overenstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett”.

Videre taler tredje ledd for at inngrep i selvbestemmelsesretten heller ikke i seg selv er nedverdiggende eller krenkende, loven slår fast at ingen skal behandles på en slik måte, selv om den i en viss grad tillater inngrep i en persons selvbestemmelsesrett.

Etter min mening er inngrep etter hol. kap. 9 klart kvalifiserte til å medføre en krenkelse i både den fysiske og psykiske integritet hos den som blir utsatt for et inngrep. Tvangsbruk vil i seg selv virke integritetskrengende for de fleste. Lovligheten av et slik inngrep vil bero på nødvendigheten av inngrepet, jf. art. 8 andre ledd.

2.5.2.2 Retten til selvbestemmelse

Å tvinge andre til å gjøre, tåle eller unnlate noe er i utgangspunktet straffbart etter norsk lov. Retten til selvbestemmelse gjelder selvfølgelig også i situasjoner der vedkommende er pasient eller omsorgstrengende.¹²²

“Selvbestemmelse” er synonymt med begrepet “autonomi”, autonomi handler om å ha frihet til å bestemme over egen kropp og eget liv. Retten til å bestemme over seg selv er nært knyttet til selve menneskeverdet.¹²³

Retten til selvbestemmelse er hjemlet i EMK art. 8 om retten til privatliv. En slik forståelse av bestemmelsen ble lagt til grunn av EMD i avgjørelsen *Pretty mot Storbritannia*:

“Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.”¹²⁴

Personlig autonomi blir altså ansett som et viktig prinsipp i tolkningen av bestemmelsen. Dette må innebære at et inngrep i den personlige autonomi også vil være et inngrep i privatlivet. Det mer presise innholdet i autonomibegrepet har vært omstridt. Den mest kjente teorien stammer fra filosofen Immanuel Kant; som taler om autonomi der viljen utelukkende bestemmes av den praktiske fornufts iboende morallov. Dette er imidlertid ikke den mest dominerende teorien, denne er fremmet av blant andre Harry Frankfurt; man bør forstå en autonom

¹²² Se Kjønstad m.fl. (2012) s. 280.

¹²³ Se Syse (1995) s.161.

¹²⁴ Se *Pretty mot Storbritannia*, 2002, avsnitt 61.

handling som en autentisk handling, det vil si en handling som springer ut av ønsker, verdier eller motivasjoner som aktøren selv identifiserer seg med.¹²⁵

Denne definisjonen er kanskje mest naturlig å legge til grunn i forbindelse med tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede, den samsvarer etter min mening godt med begrepet *selvbestemmelsesrett*.

Videre har autonomi som egenskap hos mennesket vært noe omstridt. Syse hevder for eksempel at hensynet til selvbestemmelsesretten vanskeligere kan gis fullt gjennomslag i en situasjon der personen selv ikke har oversikt over aktuelle handlingsvalg og konsekvensene av disse. Uttalelsen kan tolkes som at autonomi ikke er en medfødt egenskap hos hver enkelt, men at det er en egenskap som er avhengig av forutsetningene for å ta selvstendige valg utifra visshet om handlingens konsekvenser.¹²⁶

Det er dette Østenstad kaller et “kvalifisert” autonomibegrep; det stilles krav til den forstandsmessige fungering for at noen skal regnes som autonom.^{127 128}

Dworkin representerer også et slikt syn:

“...choices and demands, no matter how firmly expressed, systematically or random contradict one another, reflecting no coherent sense of self and no discernable even short- term aims, then he has presumably lost the capacity that it is the point of autonomy to protect.”¹²⁹

Han mener altså at det er mulig å *miste* autonomien.

Men hvor vil et slikt synspunkt etterlate verdien av selvbestemmelsesretten i et dilemma mellom selvbestemmelsesrett og paternalisme, ved spørsmål om bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede?

Adgangen til å gjøre inngrep i en persons privatliv på bekostning av selvbestemmelsesretten gjør kanskje selvbestemmelsesretten særlig utsatt i de tilfeller der inngrep *ikke* er rettmessig,

¹²⁵ Mathias Sagdahl og Store Norske Leksikon, Religion og filosofi: Filosofiens fagdisipliner: Etikk og moralfilosofi: Autonomi, 2014.

¹²⁶ Østenstad (2011) s. 98.

¹²⁷ Østenstad (2011) s. 98.

¹²⁸ Andre, nordiske moralfilosofier fokuserer i større grad på om den enkelte handling er autonom i seg selv, for eksempel Tännsjö og Tranøy. Også disse opererer i følge Østenstad med kvalifiserte autonomibegreper, noe som viser seg ved at de stiller krav til den forstandsmessige fungering for å kunne gi et gyldig samtykke til et bestemt tiltak, Bjørn Henning Østenstad, , (2011), s 99.

¹²⁹ Bjørn Henning Østenstad, (2011), s 98, (Dworkin, Life's Dominion, s 225).

slik at det *også* er viktig å ta vare på denne retten i situasjoner som ikke faller inn under tvangsvilkårene i kapittel 9. Det kan kanskje være kort vei fra å ta avgjørelser for den psykisk utviklingshemmede ut i fra hva som objektivt sett er det beste for brukeren, til å la egne tanker om hva som er best spille inn og avgjøre saken i tilfeller der loven ikke gir adgang til tvangsbruk.

“Nettopp i samhandlingssituasjoner der én person er klart er den svakeste part, må hensynet til vedkommendes autonomi og integritet tillegges vekt for å hinde ytterligere reduksjon av selvbestemmelsesretten.”¹³⁰

For å ivareta selvbestemmelsesretten i tilfeller der vedkommende selv ikke ser konsekvensene av sine handlinger, må andre legge fram tilrettelagte handlingsvalg, selvbestemmelsesretten vil da komme til uttrykk gjennom samtykke.¹³¹

For personer med alvorlig utviklingshemning kan imidlertid kommunikasjonsproblemer hindre vedkommende i å samtykke, mange daglige samhandlingssituasjoner som fritidsaktiviteter, daglige gjøremål o.l. krever ikke mer enn et stilltiende samtykke.¹³²

Det er som nevnt over forutsatt i loven, jf. § 9-1 andre ledd at tilbudet “så langt som mulig” skal tilrettelegges i overensstemmelse med brukerens selvbestemmelsesrett. Bestemmelsen forutsetter dermed at psykisk utviklingshemmede har autonomi.

Skillet ligger etter min mening i at noen har bedre forutsetninger enn andre til å “håndtere” akkurat denne rettigheten på en fornuftig måte, denne evnen er ikke nødvendigvis avhengig av om en person er psykisk utviklingshemmet eller ikke, men det er et faktum at gruppen psykisk utviklingshemmede, jevnt over, i mindre grad enn andre, har evnen til å benytte selvbestemmelsesretten på en fornuftig måte. Av den grunn er det behov for særlige regler som i noen tilfeller lovliggjør inngrep i denne rettigheten. Det vil si at selvbestemmelsen må vike i de tilfeller der dennes gjennomslag vil medføre skade på vedkommenes egne, eller andres interesser.

Samtidig skal man være varsomme med å gi selvbestemmelsesretten for stor betydning, man kan komme i fare for å overskygge det særlige hjelpebehovet som psykisk utviklingshemmede har.

¹³⁰ Se Kjønstad m.fl. (2012) s. 280.

¹³¹ Se Kjønstad m.fl. (2012) s. 285.

¹³² Se Kjønstad m.fl. (2012) s. 290.9

Det samme ble uttalt i NOU 2004: 18; autonomi er et sentralt element i begrepet personlig integritet, men idealet om autonomi kan innebære en fare for å overvurdere evnen til selvhjelp og til å ta ansvar for egen situasjon hos de mest hjelpetrengende. I omsorgssituasjoner kan tjenestemottakeren bli ydmyket og skadelidende både om graden av selvhjelp blir undervurdert *og* om den blir overvurdert.¹³³ (Her ser det ut til at NOUen ikke skiller mellom integritet og autonomi.)

Man må på den andre siden være varsom med å bruke utviklingshemningen som et påskudd til å styre menneskers liv i den retning man selv mener er mest fornuftig.

På tross av at vi er voksne, myndige mennesker som forstår konsekvensene av egne handlinger tar de fleste av oss dårlige valg nå og da, valg som fra et objektivt synspunkt er til skade for våre egne interesser. Det kan være tale om alt fra å spise dårlig, droppe ut av skolen, å velge å sove hele dagen i stedet for å jobbe, eller et valg om å sløse bort pengene våre på luksusvarer man ikke har råd til.

Retten til selvbestemmelse medfører likevel at ingen kan nekte oss å forringe vår egen helse, velstand eller økonomi.

Det er vanskelig å se for seg hva en psykisk utviklingshemmet ville valgt dersom han eller hun hadde sett konsekvensene av sine egne handlinger. Kanskje de hadde valgt å gjøre det samme, i så fall er fratakelse av selvbestemmelsesretten en krenkelse også av vernet mot diskriminering.

Østenstad stiller opp tre krav for inngrep uten gyldig samtykke, utenfor nødssituasjoner, overfor utviklingshemmede: for det første må personen ha manglende konsekvensinnsikt, for det andre må det være tale om å beskytte en truet rettsgode, for det tredje stiller han et krav om at den hjelpetrengende trolig ville ha samtykket til hjelpen dersom konsekvensinnsikten var inntakt.¹³⁴

På samme måte som med retten til integritet, vil retten til autonomi lett bli krenket ved bruk av tvang, uten at denne tvangen trenger å være særlig inngripende. At inngrep etter hol. kap. kan medføre inngrep i selvbestemmelsesretten er forutsatt i hol. § 9-1 andre ledd, der det bestemmes at tjenestetilbudet *så langt som mulig* skal tilrettelegges i overensstemmelse med brukerens selvbestemmelsesrett.

Også her må lovligheten bero på om nødvendighetskravet i art. 8 andre ledd er oppfylt.

¹³³ Se NOU 2004:18, kapittel 6.

¹³⁴ Se Østenstad (2011) s. 128.

2.5.3 Lovskravet

Når det i art. 8, annet ledd kreves at inngrep skal være “i samsvar med loven”, siktes det til nasjonal lovgivning, dette er også lagt til grunn i forarbeidene til sosialtjenesteloven. Krav om hjemmel i lov vil uansett følge av legalitetsprinsippet.¹³⁵ Regler som regulerer tvangsruk overfor psykisk utviklingshemmede har vi som nevnt i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Domstolen har stilt nærmere krav til lovhjemmelen, blant annet i *Sunday Times* mot Storbritannia.¹³⁶ For det første må reglene være tilstrekkelig tilgjengelige, det vil si at borgerne må ha tilgang til reglene som er relevante for den aktuelle situasjon. Når reglene er gitt i form av lov og er offentliggjort på vanlig måte, må dette vilkåret anses å være oppfylt.

For det andre kan ikke et inngrep anses å være “i samsvar med loven” dersom regelen ikke er formulert tilstrekkelig presist til at individet kan tilpasse sin adferd etter den.¹³⁷

I denne forbindelse kan det henvises til *Sunday Times*-dommen der det legges til grunn at graden av forutsigbarhet ikke må være absolutt, men rimelig:

“... a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. *Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty*: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances.”¹³⁸ (Min kursivering).

Det godtas at det vil være problematisk å utarbeide regler med absolutt forutsigbarhet, loven må også kunne holde tritt med endrene samfunnsforhold.

Lovskravet var særlig sentralt i debatten om vedtakelsen og ikraftsettelsen av det tidligere kapittel 6A i sosialtjenesteloven, grunnet inngrepshjemlenes upresise utforming.¹³⁹

Universitetet i Oslo gikk langt i å hevde at kapittelet var i strid med hjemmelskravet i art. 8.¹⁴⁰ Sosial- og helsedepartementet kom likevel til at kapittel 6A var i samsvar med art. 8 i sin tilleggsproposisjon Ot.prp.nr. 57 (1995- 1996) som er omtalt ovenfor.

¹³⁵ Se mer om legalitetsprinsippet etter EMK i avsnitt 2.4.4.

¹³⁶ Se *Sunday Times* mot Storbritannia avsnitt 49.

¹³⁷ Se *Sunday Times* mot Storbritannia avsnitt 49.

¹³⁸ Se *Sunday Times v. The United Kingdom*, avsnitt 49.

¹³⁹ Se Østenstad (2011) s. 556.

Kravet i art. 8 om at inngrep i privatlivet skal skje i samsvar med loven medfører også at nasjonal rett må gi en positiv rettslig beskyttelse mot inngrep fra myndighetenes side. Kravet i nåværende hotjl. § 9-5 annet ledd om at inngrepet skal være faglig og etisk forsvarlig, og kravet om at andre løsninger enn tvang og makt skal være prøvd i § 9-5 første ledd, hindrer det offentlige i å foreta vilkårlige inngrep. Vedtaket om bruk av tvang og makt etter § 9-5 tredje ledd skal også sendes til fylkesmannen for overprøving, jf § 9-8. dette kan ses på som en form for automatisk “klagebehandling” som ikke er avhengig av at vedtaket innklages.¹⁴¹

2.5.4 Formålskravet

For at inngrep i den personlige friheten etter unntaksbestemmelsen i art. 8 skal være lovlig, må inngrepet falle inn under en av formålene som nevnes i andre ledd. Inngrep etter art. 8 kan bare forekomme av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller for landets økonomiske velferd, for å hindre uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse og moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Ved inngrep etter hol. kap. 9 er det først og fremst hensynene til å beskytte helse og moral, og til å verne andres rettigheter og frihet som er sentrale.

2.5.4.1 Beskytte helse og moral

Artikkel 8 sier ikke noe om avverging av skade på personens egne eiendeler, dette må i så fall tolkes inn under “å beskytte moral”. EMD har gjennom sin praksis antydnet at statene har en viss skjønnsmargin når det gjelder å bestemme det nærmere innholdet i dette begrepet. Det har være vanlig at staten gis en noe videre skjønnsmargin når det kommer til moralske spørsmål.¹⁴²

Når det gjelder fysisk skade på seg selv er det naturlig å anta at terskelen for å gripe inn er lav.

Som vi skal se nedenfor i kapittel 2.6 vil et inngrep alltid være forholdsmessig for å beskytte liv, når det kommer til å beskytte helse må man antakelig ta en mer konkret forholdsmessighetsvurdering. Man kan se for seg alt fra at en tjenestemotaker tillates å spise usunn mat slik at dette over tid vil forringe personens helse, til situasjoner der vedkommende utsetter seg selv for akutt fare ved å gå ut på en trafikkert vei alene e.l. Man må kanskje også skille mellom de tilfeller der en person bevist forsøker å skade seg selv, og de situasjoner der personen utfører en handling uten å vite at denne kan får farlige eller dårlige konsekvenser for seg selv.

¹⁴⁰ Se Østenstad (2011) s. 556.

¹⁴¹ Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 9

¹⁴² Se blant annet A, B og C mot Irland avsnitt 241.

Domstolen uttaler at umotiverte masseødeleggelser av gjenstander er i strid med de holdninger som anses som moralsk akseptable i samfunnet. Tvangstiltak for å endre atferden er i følge forarbeidene i samsvar med EMK art 8 om å “beskytte moral”. Forarbeidene viser her til sostjl. § 6A-4 første ledd «hindre eller begrense vesentlig skade i en konkret faresituasjon».¹⁴³ I hotjl. § 9-5 stilles det liknede krav til bruk av tvang, “tvang og makt kan bare brukes for å hindre eller begrense vesentlig skade”, jf. andre ledd, siste setning, tredje ledd nevner i tillegg at tvang kan anvendes i “skadeavvergende tiltak i nødsituasjoner” m.v.

I forarbeidene blir det stilt spørsmålsteget ved hvorvidt tvangstiltak for å bedre tjenestemottakerens livssituasjon skal anses som nødvendig “for å beskytte helse og moral”. For at et inngrep skal anses som nødvendig, er det som nevnt ikke tilstrekkelig at inngrepet er nyttig eller ønskelig. Det var forslag om å ta med tiltak for å bedre mottakerens livskvalitet vesentlig, i sostjl. § 6A-3, fjerde ledd. Det ble imidlertid ansett som tvilsomt om vilkåret i art. 8 om at tiltaket skal være nødvendig er oppfylt her. Det foreslåtte alternativet ble derfor utelatt fra loven.¹⁴⁴

Etter hotjl. § 9-5, tredje ledd, bokstav c, kan inngrep skje for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplæring- og treningstiltak.

Det er ikke her sagt noe i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven om hvorvidt dette er ansett å være i overensstemmelse med art. 8 eller ikke.

I Ot.prp.nr. 55 (2002-2003) om endring av sosialtjenesteloven ble det uttalt at

“Etter departementets vurdering medfører ikke departementets forslag til endringer av gjeldende regler endret vurdering i forhold til menneskerettighetene. Endringene innebærer snevrere adgang til å bruke tvang eller makt. Atferdsendrende tiltak er ikke foreslått videreført som egen kategori, men foreslått begrenset til å gjelde opplæring og trening i tiltak for å dekke tjenestemottakerens grunnleggende behov.”¹⁴⁵

Ot.prp.nr. 57 tyder på at departementet var av den oppfatning at art. 8 prinsipielt er til hinder for bruk av tvang for å ivareta livskvaliteten.¹⁴⁶

¹⁴³ Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 10.

¹⁴⁴ Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 10.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr. 55 (2002-2003) s. 20.

¹⁴⁶ Østenstad (2011) s. 756.

Østenstad gir uttrykk for å være uenig i et slikt syn; grunnleggende velferdsgoder for personer som ikke er i stand til å ta vare på egne interesser er nærliggende å oppfatte som et moralsk spørsmål.¹⁴⁷

Dette er også i tråd med EMDs brede tolkning av begrepet:

“The latter may imply safeguarding the moral ethos or moral standards of a society as a whole ... but may also, as the Government pointed out, cover protection of the moral interests and welfare of a particular section of society, for example schoolchildren.”¹⁴⁸

Her må skjønnsmarginen være bred.¹⁴⁹

Østenstad peker på at måten “livskvalitet” ble trukket fram på i forarbeidene til sosialtjenesteloven § 6A-3 fjerde ledd er problematisk. Man skal måle en subjektiv følelse hos tjenestemottaker som på grunn av forstandsmessig funksjonshemning har problemer med å selv kommunisere disse. I tillegg skal gjennomføringen av tiltaket skje ved hjelp av tvang, noe som i utgangspunktet vil kunne motvirke målet om bedret livskvalitet. I alle fall om motstanden er svært sterk.¹⁵⁰

Det vil ha betydning for forholdsmessigheten av inngrepet om det er defensivt eller offensivt, det vil si om målet er å forhindre fall i livskvaliteten eller å bedre den på generell basis.¹⁵¹

Man bør vise en liberal holdning til hva som kan være konvensjonsmessige formål. Etter EMDs retningslinjer bør man skyve fram forholdsmessighetskravet som hovedregulator for hva som kan aksepteres.¹⁵²

2.5.4.2 Andres rettigheter og friheter

Et av vilkårene for å benytte seg av tvang som medfører inngrep i en persons privatliv er etter artikkel 8 at inngrepet er begrunnet i hensynet til å beskytte andres rettigheter og friheter eller forebygge uorden og kriminalitet. I forhold til tvangsbruk etter hol. kapittel 9 vil alternativet først og fremst vil være aktuelle i forhold til tjenesteytere, andre beboere og andre tredjemenn. En unnlatelse av å gripe inn i slike situasjoner kan medføre at beboeren blir erstatningsanvar-

¹⁴⁷ Østenstad (2011) s. 757.

¹⁴⁸ Dudgeon mot Storbritannia, avsnitt 47.

¹⁴⁹ Østenstad (2011) s. 757.

¹⁵⁰ Østenstad (2011) s. 759.

¹⁵¹ Østenstad (2011) s. 760.

¹⁵² Østenstad (2011) s. 758.

lig for skadene han eller hun har pådratt andre. Det ble uttalt i forarbeidene at “dette er ikke noe departementet ser på som en heldig løsning”.¹⁵³

2.5.5 Nødvendighetskravet

Videre må inngrepet være “nødvendig i et demokratisk samfunn”. Unødvendig tvang er rettsstridig. Når det gjelder hva som er nødvendig i et demokratisk samfunn er statene gitt en vid skjønnsmargin, se bl.a. Herczegfalvy.¹⁵⁴

Forarbeidene viser her til EMD- avgjørelsen Handyside, der det ble uttalt at inngrepet skal være begrunnet i et påtrengende samfunnsmessig behov, “a pressing social need”.¹⁵⁵ Formuleringen “påtrengende” tilsier at det ikke er tilstrekkelig at inngrepet bare er nyttig, eller ønskelig, eller at staten har utøvd sitt skjønn forsiktig og i god tro. Det kreves på den annen side ikke at inngrepet er absolutt nødvendig, staten gis som regel en skjønnsmargin ved vurderingen, også av inngrepets nødvendighet. Om noe er nødvendig i et demokratisk samfunn vil ofte bero på om det er forholdsmessighet mellom mål og midler.¹⁵⁶

Et krav om forholdsmessighet er som vi har sett tatt med i helse- og omsorgstjenestelovens § 9-5, andre ledd.

I tillegg stilles, som vi har sett, et krav i § 9-5 første ledd om at andre løsninger enn bruk av tvang og makt skal være prøvd. Med mindre dette vilkåret er oppfylt kan et inngrep vanskelig anses som nødvendig. I hvilken grad man skal forvente at helsepersonell prøver ut andre tiltak før de tyr til bruk av tvang eller makt, vil naturligvis variere ut i fra situasjonens art. I en nødsituasjon som krever umiddelbar reaksjon, for eksempel der en psykisk utviklingshemmet setter sin egen eller andres sikkerhet i fare, vil kravet om å prøve andre muligheter enn tvang være mindre reellt. Det er bestemt i første ledd, annen setning at kravet kan fravikes i særlige tilfeller, og at det i så fall skal gis en begrunnelse. Ut i fra kravene for bruk av tvang som stilles i bestemmelsens tredje ledd, er det naturlig å anta at det med “særlige tilfeller” er ment nødsituasjoner.

¹⁵³ Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 9-10.

¹⁵⁴ Se Herczegfalvy mot Østerrike.

¹⁵⁵ Se Handyside mot Storbritannia avsnitt 48.

¹⁵⁶ Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 10

2.5.5.1 Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen

Etter sikker praksis er det, gjennom nødvendighetsvilkåret, et forholdsmessighetskrav innlemmet i EMK art. 8.¹⁵⁷

Nødvendighetskravet har to sider ved seg, for det første at et tiltak må være egnet til å nå formålet med tiltaket, for det andre at man må vurdere om det finnes alternative måter å nå målet på som er mindre inngripende, og benytte seg av disse.¹⁵⁸

Østenstad mener det er fornuftig å se på nødvendighetskravet som en side av forholdsmessighetsprinsippet, noe som virker naturlig, ettersom et inngrep i de fleste tilfeller må være nødvendig for at det skal virke rimelig. Han deler opp vurderingen i tre “lag” der vurderingen av muligheten for en løsning som innebærer frivillighet ligger innerst, neste trinn i vurderingen er om tiltaket er egnet til å nå målet, og siste består i det bredere rimelighetskravet/ forholdsmessighetsvurderingen.¹⁵⁹

Om formuleringen “necessary in a democratic society”, har EMD presisert at kravet ligger et sted mellom ytterpunktene “uomgjengelig” og “ønskelig” eller “nyttig”.¹⁶⁰

Her er altså nødvendighetsbegrepet gitt relativt stor rekkevidde, ettersom det også omfatter inngrep som er nyttige eller ønskelige.

I Olsson 1 mot Sverige uttales at: “the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued”.¹⁶¹

“And” indikerer at nødvendighetsvurderingen kan deles i to undervilkår; for det første et presserende samfunnsmessig behov for inngrepet og dessuten at det står i forhold til formålet.¹⁶²

Hol. § 9- 5 tillater tvangsbruk i forbindelse med skadeavvergende tiltak i nødsituasjoner, planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner og tiltak for å dekke brukerens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak, jf. bestemmelsens tredje ledd, bokstav a, b og c.

¹⁵⁷ Se Olsson nr. 1 mot Sverige, avsnitt 67.

¹⁵⁸ Se Østenstad (2011) s. 638.

¹⁵⁹ Se Østenstad (2011) s. 642.

¹⁶⁰ Se Handyside mot Storbritannia avsnitt 48.

¹⁶¹ Se Olsson 1 mot Sverige avsnitt 67.

¹⁶² Se Aall, 2011, s. 142.

Det kreves i § 9-5 annet ledd at tiltakene ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og at de må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas. I første ledd kreves at andre løsninger enn bruk av tvang eller makt skal være prøvd før tiltak som innebærer tvang settes i verk. Ettersom tvangstiltak først og fremst anvendes i nødsituasjoner vil antakelig den reelle adgangen til å vurdere alternative løsninger være begrenset i noen tilfeller.¹⁶³

At et inngrep skal stå i forhold til formålet det søker å oppnå medfører at jo større inngrepet er jo viktigere må formålet være. Østenstad har satt opp et verdihierarki som er aktuelt å vise til i denne forbindelse, han setter retten til liv øverst i pyramiden, helse i midten, og retten til eiendom, velferd, ære og livskvalitet i bunn.¹⁶⁴ Mothensynene for bruk av tvang og makt, får større plass, jo lenger ned på “hierarkistigen” man kommer. Inngrep for å redde liv vil alltid være forholdsmessig, her må hensynet til privatliv, integritet og selvbestemmelsesrett settes fullstendig til side.

Den sterke retten til liv viser seg blant annet gjennom EMK art. 2, samt gjennom praksis. Betydningen av retten til liv (på bekostning av selvbestemmelsesretten) ble bl.a. signalisert i *Pretty mot Storbritannia*, der EMD godtok et forbud mot medvirkning til selvmord av en uhelbredelig syk kvinne. EMD la til grunn at staten har en positiv plikt til å verne om den enkeltes rett til liv.¹⁶⁵ Vi har et tilsvarende forbud mot medvirkning til selvmord i straffeloven § 236.

Dersom man anvender tvang for å verne om vedkommendes helse, vil jeg anta at det i større grad er rom for en forholdsmessighetsvurdering.

Når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 8 har EMD i *Herczegfalvy mot Østerriket* gitt i uttrykk for at hensynet til helse står sterkt. Dommen gjald behandlingen av en sinnslidende lovbrøyer, som i en periode ble holdt tilbake på et psykiatrisk sykehus ved hjelp av tvang. Under oppholdet ble klageren utsatt for alvorlige inngrep som tvangsmedisinering og tvangsmating. Behandlingen resulterte i tap av tenner, brukne ribbein og blåmerker. Han var remmet fast i sengen med håndjern og fotremmer i en periode på to uker.¹⁶⁶

EMD konkluderte med at art. 3 ikke var krenket, dette var altså ikke å anse som nedverdiggende behandling etter konvensjonen.

¹⁶³ Om “nødssituasjon” se avsnitt 2.2.1.

¹⁶⁴ Østenstad (2011) s. 133

¹⁶⁵ Se *Pretty mot Storbritannia* art. 38 m.fl.

¹⁶⁶ Se *Herczegfalvy mot Østerrike*

EMD kom videre til at heller ikke art. 8 var krenket, ettersom inngrepene ble ansett som medisinsk nødvendige. Det ble også særlig lagt vekt på at klageren ikke var i stand til å treffe sine egne avgjørelser.¹⁶⁷

Også utenfor psykiatrien virker det som om statene har vid skjønnsmargin når det kommer til nødvendighetsvilkåret i art. 8.¹⁶⁸

I J.R. mfl. mot Sveits (kommisjonsavgjørelse), som gjaldt tvungen tannlegekontroll for sveitsiske skolebarn, ble klagen avvist som åpenbart ubegrunnet. Foreldrene var i tillegg tvungne til å samtykke i den tannhelsebehandlingen som skoletannlegen anså som nødvendig, brudd på reglene kunne føre til bøtlegging. Det ble lagt vekt på den offentlige interessen i å beskytte helsen til barn med begrensede muligheter til å beskytte sine egne rettigheter.¹⁶⁹

I Acmanne mfl. mot Belgia (kommisjonsavgjørelse), som gjaldt tvungen tuberkuloseundersøkelse av skolebarn og lærere, ble også avvist som åpenbart ubegrunnet. Også her ble man bøtlagt hvis man nektet å la barnet sitt eller seg selv bli undersøkt. Det ble lagt vekt på at ulemper ved undersøkelsen var små i forhold til skadevirkningene som tuberkulose tidligere hadde ført med seg.¹⁷⁰

Når det gjelder hvor stor helsemessig fare det må være tale om for å gripe inn med tvang eller makt gir loven noe veiledning ved å kreve at tvang bare anvendes for å hindre “vesentlig skade”, jf. hotjl. § 9-5 andre ledd, tredje setning.

I forarbeidene til sosialtjenesteloven uttales at begrepet “skade” skal dekke både påvirkning på legeme eller gjenstander og skader av immateriell art, det er bare dersom atferden medfører alvorlige konsekvenser at anvendelse av tvang kan bli aktuelt.¹⁷¹ Det er derimot ikke noe krav at atferden skal være straffbar eller erstatningsbetingende. At skaden skal være vesentlig, innebærer at den må ha et betydelig omfang. Det er ikke tilstrekkelig at skaden har et visst omfang, og det er ikke avgjørende om atferden er avvikende eller uvanlig.

Kramås m.f. har gjort en vurdering av “vesentlig skade”- begrepet utifra rundskriv I-41/98 til sosialtjenestelovens kapittel 6A. De deler skadebegrepet i syv grupper¹⁷²:

1. fysisk skade på egen person

¹⁶⁷ Se Østenstad (2011) s 662.

¹⁶⁸ Se Østenstad (2011) s 663.

¹⁶⁹ Se Østenstad (2011) s 663.

¹⁷⁰ Se Østenstad (2011) s 663.

¹⁷¹ Se Ot.prp.nr 57 (1995-1996) . s 13

¹⁷² Kramås (1999) s. 65

2. psykisk skade på egen person/ hemming av egen utvikling
3. sosialt fornedrende adferd
4. fysisk skade på annen person
5. krenkelse av personalets eller andres personlige integritet
6. materielle skader på egne eiendeler
7. materielle skader på andres eiendeler.

Videre skal jeg gjøre en vurdering av de nevnte kategoriene opp mot betydningen av selvbestemmelsesretten, og retten til integritet og verdighet.

Som vesentlig fysisk skade på egen person nevnes skade av varig karakter, hull på huden, skade som medfører varig deformering, skade som medfører blødning, og overvekt/ dårlig form med konkret vurdert fare for alvorlig skade som konsekvens. Av skader som skjelden vil være vesentlig nevnes slag med håndflaten mot skinnbenet, og mangel på sunn og god livsførsel. Tilfeller av fysisk skade på egen kropp som må vurderes helt konkret, er for eksempel å spise uspiselige ting.¹⁷³

Det er naturlig at hensynene, til i alle fall selvbestemmelsesretten, står sterkere når det er tale om skade på seg selv enn når det er tale om skade på andre. Egen kropp er kjerneområdet for art. 8, derfor vil hensynet til privatlivet stå sterkt. Det må også antas at det er mer krenkende å bli utsatt for tvang på dette området. Som nevnt ovenfor er det nær sammenheng mellom selvbestemmelse og integritet, det er dermed naturlig å anta at inngrep vil være mer integritetskrenkende, jo nærmere man kommer kjernen for selvbestemmelsesretten.

Tvangsmessig stansing av selvskading vil i de fleste tilfeller medføre at man anvender fysisk makt for å stanse vedkommende. Noe som må antas å virke integritetskrenkende. Her må man antakelig gjøre en avveining mot konsekvensene av handlingen. Det må ha betydning hvor store smerter selvskadingen medfører.

Det nevnes også at mangel på god og sunn livsstil sjelden vil være vesentlig skade.¹⁷⁴ Her står hensynet til psykisk integritet og selvbestemmelse sterkt. Det normale er at mennesker selv velger hva de spiser.

Her er også mothensynene store. Om et slikt kosthold forringer vedkommendes helse over tid, slik at man etter hvert kan gripe inn, fordi helsetilstanden er blitt så dårlig at det er tale om

¹⁷³ Kramås (1999) s. 65

¹⁷⁴ Kramås (1999) s. 65

“vesentlig skade”, kan kostholdet allerede ha gjort stor skade på vedkommenes kropp og livskvalitet.

Når det gjelder “å spise uspiselige ting” må det foretas en konkret vurdering i forhold til “vesentlig skade”- vilkåret.¹⁷⁵ Vurderingen bør antakelig knyttes til om handlingen vil medføre skade av varig karakter, eller medfører store smerter.

I noen tilfeller kan integritets- vernet etter min mening også virke andre veien, slik at tvangsmessige inngrep *hindrer* integritetskrenkende følger for den psykisk utviklingshemmede. Det kan for eksempel virke integritetskrenkende å stå å se på at en psykisk utviklingshemmet drikker såpe, eller spiser jord fra blomsterbeddet, uten å gripe inn. (Selv om det ikke kan føre til “vesentlig skade” for vedkommende).

Som vesentlig psykisk skade på egen person, eller hemning av egen utvikling nevnes gjentatt vegring mot kommunikasjonstrening hos barn. Utenfor faller her å vegre seg for å stå opp av sengen om morgenen, eller å ikke gå på jobb eller andre dagtilbud.¹⁷⁶

Her mener altså Kramås (m.fl.) at selvbestemmelsesretten skal stå sterkt.

Dette er naturlig ettersom det er tale om avgjørelser som voksne mennesker normalt kan ta selv, det vil dermed føles særlig integritetskrenkende om andre griper inn med tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede ved slike handlinger.

Når det gjelder sosialt fornedrende atferd, er det ingen alternativer som uten videre karakteriseres som “vesentlig skade”, men eksemplene som nevnes skal undergis en konkret vurdering i forhold til skade- begrepet. Her nevnes å spise uspiselige ting i påsyn av andre, kle av seg på offentlig sted, onanere på offentlig sted, gjøre sitt fornødne på offentlig sted eller rop og forstyrrende atferd.¹⁷⁷

Her vil etter min mening, som nevnt ovenfor, integritetsvernet kunne gå begge veier. At den psykisk utviklingshemmede uttøver fornedrende atferd i offentlig rom, kan gå ut over vedkommendes verdighet og integritet, ut i fra måten han/ hun blir oppfattet av andre. På den andre siden vil et tvangsmessig inngrep gå ut over vedkommendes psykiske og fysiske integritet. Det er derfor, som nevnt, nødvendig med en konkret vurdering i slike tilfeller.

¹⁷⁵ Kramås (1999) s. 65-66.

¹⁷⁶ Kramås (1999) s. 66.

¹⁷⁷ Kramås (1999) s. 66.

Vedrørende fysisk skade på annen person nevnes kun “straffbare handlinger”.¹⁷⁸ Ved handlinger som kan medføre straff, vil altså hensynene til inngrep stå sterkt.

Ved krenkelse av personalets eller andre personers integritet skal påtrengende seksuelle tilnærminger, truende atferd, spyting og annen tilgrising, konsekvent anses som “vesentlig skade”.¹⁷⁹ Når hensynet til andres integritet står som mothensyn, må altså hensynet til vedkommendes egen integritet settes til side. Her gir forfatterne inntrykk av at oppregningen er noe mangelfull. Det uttales at “det er vanskelig å se at enhver form for tilgrising kan omfattes, heller ikke omfattende eller sporadiske tilfeller av spyting.”¹⁸⁰

Det kan virke som om ansattes integritet skal gis en videre beskyttelse enn andre. Det må spørres om ansatte må tåle mer eller mindre enn andre, eller like mye.¹⁸¹ I Rt. 2010, s. 612 ble integritetskrenkende inngrep uten lovhjemmel godtatt av Høyesterett blant annet av hensyn til pleiernes arbeidsforhold.¹⁸² Dommen har riktignok blitt kraftig kritisert i ettertid.¹⁸³

Det må antakelig foretas en avveining av hvor integritetskrenkende inngrepet vil være for den psykisk utviklingshemmede i forhold til hvor integritetskrenkende handlingen vil være for den ansatte.

I forbindelse med skade på eiendom skal det mindre til for bruk av tvang for å hindre skade på andres eiendeler, enn på sine egne. Dette er naturlig. I utgangspunktet står enhver fritt til å ødelegge sine egne eiendeler.

2.6 Forbudet mot diskriminering i artikkel 14

Tvangsbestemmelsene kan som vi har sett også komme i fare for å krenke EMK art. 14 som stiller et vern mot diskriminering. Bestemmelsen krever at de rettigheter og friheter som er “fastlagt i denne konvensjonen” skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som “kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status”.

¹⁷⁸ Kramås (1999) s. 67.

¹⁷⁹ Kramås (1999) s. 67

¹⁸⁰ Kramås (1999) s. 67

¹⁸¹ Kramås (1999) s. 67

¹⁸² Se Rt. 2010 s. 612, avsnitt 34.

¹⁸³ Se blant annet Kjelleveid og Sinding, 2011, s. 58-68.

Det tydeliggjøres at bestemmelsen skal ha et vidt virkeområde, “slik som” viser til at de oppregnede diskrimineringsgrunnlagene ikke er uttømmende. Bestemmelsen nevner også “annen status”.

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse i forbindelse med reglene om tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede må gruppen “psykisk utviklingshemmede” falle under et av diskrimineringsgrunnlagene som nevnt ovenfor.

Gruppen psykisk utviklingshemmede, eller mennesker med nedsatt funksjonsevne om man vil, er en konkret avgrenset gruppe og det er dermed naturlig at gruppen skal regnes som et diskrimineringsgrunnlag. Dette er også i tråd med prinsippet om menneskers likeverd.

I Botta mot Italia var nedsatt funksjonsevne det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget.¹⁸⁴ Klageren var riktig nok fysisk utviklingshemmet, men avgjørelsen indikerer at også psykisk utviklingshemmede dekkes av “other status”.

FNs konvensjon om funksjonshemmedes rettigheter forbyr diskriminering på dette grunnlaget, noe som også taler sterkt for at dette er et eget diskrimineringsgrunnlag.

Spørsmålet blir dermed om reglene i hotjl. kap. 9, som bare gjelder psykisk utviklingshemmede, er diskriminerende.

For at reglene skal kunne anses som diskriminerende må det for det første foreligge en forskjellsbehandling. Videre må det være brudd på diskrimineringsforbudet ved utøvelsen av rettigheter og friheter som er fastlagt “i denne konvensjonen”. Som vi allerede har sett kan bruk av tvang og makt støte mot flere av de rettighetene som beskyttes av EMK, først og fremst art. 3, 5 og 8.

I 1968, i saken om den Belgiske språkstrid, ble det lagt til grunn av EMD at forskjellsbehandling kan innebære en krenkelse av artikkel 14 selv om den rettighet som forskjellsbehandlingen relaterer seg til, ikke isolert sett er krenket.¹⁸⁵

Det vil si at reglene om tvangsbruk i hol. kap. 9 kan være diskriminerende etter art. 14, selv om bestemmelsene ikke medfører noe brudd på art. 3, 5 eller 8.

I nevnte dom, som også var representerte den første behandlingen EMD gjorde av EK art. 14, ble de nærmere vilkårene for diskriminering ble presisert.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Se Botta mot Italia avsnitt 37.

¹⁸⁵ Se Den belgiske språksaken 1968.

¹⁸⁶ Se Emberland (2006) s.207.

Etter domstolens praksis er det bare forskjellsbehandling som ikke kan sies å ha noen saklig eller fornuftig begrunnelse som er diskriminerende.¹⁸⁷

Om hva som menes med “saklig” har EMD uttalt at for å gå klar av diskrimineringsforbudet, må forskjellsbehandlingen ivareta et formål med offentlig myndighetsuttøvelse som anses som legitimt under konvensjonene.¹⁸⁸

Myndighetsutøvelse som anses som legitimt under konvensjonen er typisk inngrep for å ivareta offentlig helse, økonomi, beskyttelse av andres rettigheter og friheter, kriminalitetsbekjempelse osv.¹⁸⁹

Det kan ved første øyekast virke noe usikkert hvorvidt hensynene til helse, sikkerhet osv. ved tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede passer inn her. EMD har imidlertid godtatt inngrep i forbindelse med helse og omsorg i flere saker, blant annet Herczegfalvy mot Østerrike, H.M mot Sveits, H.L mot Storbritannia, og Nielsen mot Danmark, alle nevnt ovenfor. Dette taler for at det er helse og omsorg er legitime hensyn etter konvensjonen.

I tillegg er det blitt stilt et krav til proporsjonalitet mellom det formål som skal oppnås ved forskjellsbehandlingen, og det middel som brukes for å nå formålet. I realiteten henviser prinsippet til en totalvurdering av motstridende interesser, hensyn og behov.¹⁹⁰

Det er som vi har sett et vilkår i norsk lov om at tiltakene ikke går utover det som er nødvendig.

I følge EMD skal det foretas en avveining mellom myndighetenes målsetninger med forskjellsbehandlingen og de tiltak som iverksettes for å nå målsetningen.¹⁹¹

Personene som sammenliknes med hverandre må dessuten være i analoge situasjoner.¹⁹² Det vil si at regler eller praksis er diskriminerende dersom de ikke også gjelder for andre sammenliknbare grupper i analoge situasjoner.

I Waite mot Storbritannia omtalte EMD sammenlikningsvilkåret som et vilkår om “difference in treatment between persons in relevantly similar positions”.¹⁹³

¹⁸⁷ Se Den belgiske språksaken og Emberland (2006) s. 207.

¹⁸⁸ Se Emberland (2006) s. 216.

¹⁸⁹ Se Emberland (2006) s. 217.

¹⁹⁰ Se Den belgiske språksaken og Emberland (2006) s. 207.

¹⁹¹ Se Den belgiske språksaken og Emberland (2006) s. 218.

¹⁹² Se Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia avsnitt 72.

¹⁹³ Se Waite mot Storbritannia avsnitt 79.

Hva som utgjør et relevant sammenlikningsgrunnlag vil antakelig bero på omstendighetene. Det kreves ikke identifikasjon eller noe nært opptil dette.¹⁹⁴

Også at personer som er i vidt forskjellige situasjoner blir behandlet likt, vil være diskriminerende.¹⁹⁵

I Thlimmenos mot Hellas var klageren en mann som tidligere hadde blitt straffet for militærnektning av samvittighetsgrunner, han ble på grunn av straffedommen nektet autorisasjon som revisor. Selv om en straffedom i mange tilfeller er egnet til å svekke den tillit en revisor må ha, kunne det forhold klageren var dømt for ikke sies å ha en slik karakter. Det var derfor diskriminerende å behandle ham som andre straffedømte.¹⁹⁶

På samme måte kan det foreligge diskriminering dersom to psykisk utviklingshemmede behandles på samme måte, dersom den av disse har gode forutsetninger til å fungere selvstendig. Derfor skal kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven kun gjelde for *visse* psykisk utviklingshemmede. Det er likevel en risiko for at reglene vil bli anvendt overfor psykisk utviklingshemmede som i stor grad burde få adgang til å fungere selvstendig.

I så fall vil det være naturlig å anta at det foreligger diskriminering.

Som en analog gruppe til psykisk utviklingshemmede kan nevnes personer med demens. De lider i likhet med psykisk utviklingshemmede av et forstandshandikap, og det kan være behov for særlige regler for å unngå at de skader seg selv eller andre.¹⁹⁷

I dag er det pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A som gir adgang til bruk av tvang og makt overfor demente, bestemmelsene i dette kapittelet gjelder for alle personer over 16 år som mangler samtykkekompetanse.

At loven åpner for tvangsbruk overfor også denne gruppen indikerer at bestemmelsene i holkap. 9 ikke er diskriminerende.

En annen gruppe som kan sammenlines med psykisk utviklingshemmede i forbindelse med behovet for inngrep er sinnslidende. For disse er det gitt en rekke regler om bruk av tvang og makt i lov om psykisk helsevern. For sinnslidende som står i fare for å skade seg selv eller

¹⁹⁴ Se Emberland (2006) s. 210.

¹⁹⁵ Se Pretty mot Storbritannia avsnitt 88.

¹⁹⁶ Se Thlimmenos mot Hellas avsnitt 47-49.

¹⁹⁷ Se Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 13

andre er innleggelse i psykiatrisk sykehus det aktuelle tiltaket, i verste fall tvangsinnleggelse.¹⁹⁸

Som nevnt skal man ved spørsmål om diskriminering sammenlikne lovgivningen for bruk av tvang og makt mot psykisk utviklingshemmede med tilsvarende lovgivning for andre grupper i analoge situasjoner. Forarbeidene sammenlikner som vi så ovenfor, psykisk utviklingshemmede med både demente og sinnslidende. Men kan ikke også psykisk utviklingshemmede i noen tilfeller være i analoge situasjoner med mennesker uten psykisk utviklingshemming? Som nevnt omfatter gruppen “psykisk utviklingshemmede” et stort spekter av diagnoser, etter den standardiserte målingen for intelligens går grensen for psykisk utviklingshemming på 70 i IQ. Det vil si at man i større grad har adgang til å anvende tvang på en person som har 69 i IQ, enn overfor en person som har 71 i IQ, ettersom tvangsreglene i helse- og omsorgstjenesteloven, går noe lengre enn nødrettsbestemmelsen i straffeloven, selv om personene rent faktisk kan sies å befinne seg i analoge situasjoner.

En person som har under 70 i IQ og derfor er å anse som psykisk utviklingshemmet kan utvilsomt, på tross av utviklingshemningen ha evnen til å forstå konsekvensene av sine handlinger. Mennesker uten psykisk utviklingshemming i relativt stor grad forringe egen, helse, økonomi osv. eller sette sin egen sikkerhet i fare, uten at noen har adgang til å stanse dem ved bruk av tvang. Man kan for eksempel ødelegge sin helt nye bil om man selv ønsker det (for å sette det på spissen), uten at andre har rett til å blande seg. Her ville man utvilsomt hatt adgang til å anvende makt overfor psykisk utviklingshemmede, jf. vilkåret om “vesentlig skade”. Forskjellen er i utgangspunktet at psykisk utviklingshemmede i mindre grad forstår konsekvensene av slike handlinger.

Poenget mitt er at loven gir adgang til å anvende tvang, også der psykisk utviklingshemmede faktisk er klar over konsekvensene over egne handlinger, og i realiteten er i en analog situasjon med personer uten psykisk utviklingshemming. En psykisk utviklingshemmet kan for eksempel fint forstå konsekvensene av å spise usunt, eller å bruke penger på ting man egentlig ikke har råd til (akkurat som alle andre).

Om det foreligger et brudd på art. 14 må som gjennomgangen viser, bero på en helhetsvurdering, der forholdsmessigheten av det forskjellsbehandlende inngrepet vil være av avgjørende betydning. Det må likevel antas at de fleste inngrep etter hol. kap. 9 vil være rimelige og proporsjonale i forhold til de krav som er utviklet av EMD.

¹⁹⁸ Ot.prp.nr 57 (1995- 1996), s. 13

3 Oppsummering

EMD har som nevnt ikke funnet brudd på EMK i forbindelse med tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede, verken overfor Norge eller andre land. Rettstilstanden etter EMK i forhold til tvangsbruk overfor psykisk utviklingshemmede er dermed i utgangspunktet uavklart.

At det ikke har blitt konstatert slike brudd betyr ikke at det ikke at det ikke benyttes uhjemlet tvang overfor psykisk utviklingshemmede. Som vi så ovenfor i innføringskapittelet ble tvang og makt benyttet i stor grad før sosialtjenestelovens kapittel 6A ble innført. I tillegg har som nevnt psykisk utviklingshemmede dårlige forutsetning til å gjøre seg kjent med, og benytte seg av de rettigheter som følger av internasjonale forpliktelser.

Den lovgivende myndighet står overfor noen vanskelige problemer, man står ovenfor regler som på en hensiktsmessig måte skal avveie hensynet til den enkeltes selvbestemmelsesrett, og på den andre siden skal verne en person som ikke har evnen til å ivareta egne interesser. Legger man fokus på selvbestemmelsesretten står man i fare for å “overkjøre” den enkeltes behov for hjelp, mens om man velger et paternalistisk fokus kan dette medføre et skritt bakover i alminneliggjøringen og dermed myndiggjøringen av psykisk utviklingshemmede.¹⁹⁹

Selv om korrekt bruk av tvangsreglene i hol. kap. 9 trolig ikke vil bryte med menneskerettighetene, ligger det en fare i at man anvender tvang og makt for å ivareta andre interesser enn de lovlige hensyn som stilles opp i loven. Inngrepene kan også avspeile seg i samfunnets ønske om å beskytte seg mot farlige, plagsomme, bisarre eller av andre grunner uønskede avvikere, eller mot psykisk eller sosial smitte fra disse.²⁰⁰

Som gjennomgangen viser er det i forbindelse med alle de omtalte menneskerettslige bestemmelsene, nødvendig å foreta en helhetsvurdering med fokus på forholdsmessighet mellom inngrep og formål, ved spørsmål om brudd på EMK.

Det kan imidlertid, legges til grunn at de rammer som settes for tvangsbruk i helse- og omsorgstjenestelovens kapittel 9, i utgangspunktet overholder de menneskerettslige bestemmelsene. Det betyr ikke at enkelttilfeller av tvangsbruk ikke kan komme i strid med de krav som stilles i EMK art. 3, 5, 8 eller 14.

¹⁹⁹ Se Syse (1995) s. 652.

²⁰⁰ *Sosial trygghet og rettssikkerhet* (2000) s.228.

4 Litteraturliste

Bøker:

Aslak Syse, *Rettssikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete: rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*. 1. utgave. Oslo, 1995.

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Petter Kramås, Lars Gunnar Lingås og Jan Skjerve, *Tvang, makt og forsvarlighet: Juridiske, etiske og faglige sider ved sosialtjenesteloven kapittel 6A*. 1. utgave. Oslo, 1999.

Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente: Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*. 1. utgave. Bergen, 2011.

Sosial trygghet og rettssikkerhet: under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten. Asbjørn Kjønstad ... [et al.]. 2. utgave. Bergen, 2000.

Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett II: Barnevern- og sosialrett*. 4. utgave. Oslo, 2012.

Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. utgave. Bergen, 2011.

Johs Andenæs' arvinger og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*. 10. utgave. Oslo, 2008.

Tidsskriftsartikler:

Alf Petter Høgberg og Njål Høstmælingen. *Grunnlovsfesting av retten til privatliv? I: Jussens Venner* 2010 s 98-146.

Frode Elgesem. *Tolking av EMK - Menneskerettsdomstolens metode*. I: *Lov og Rett* nr 4-5 (2003) s 203-230.

Marius Emberland, *Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet*. I: *Jussens Venner* 2006 s. 197-234.

Aslak Syse. *Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien*. I: *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter* 2006 s 318-342.

Skjerdal, Nicolai Vogt, *Hva betyr «klar lovhjemmel»? Legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel*. I: *Jussens Venner* 2001 s 337–362.

Aslak Syse, *Retten til å være psykisk utviklingshemmet*. I: *Mennesker og rettigheter*. (1993), s.368-377.

Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og demente*, I: *Nordic Journal of Human Rights*. Nr 04 (2006) s. 209.

Alf Petter Høgberg og Njål Høstmælingen, *Grunnlovsfesting av retten til privatliv? I: Jussens venner*. (2010) s. 98-146.

Aslak Syse. *Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien*. I: Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter. (2006) s. 318-342.

Aslak Syse, *Bokanmeldelse: Bjørn Henning Østenstad. Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*. Tidsskrift for rettsvitenskap. (2011) s. 576-581.

Aslak Syse, *Tvang og tilsyn i private hjem*. Lov og Rett. (2002) s. 82-102.

Forarbeider:

NOU 2009:15 Skjult informasjon- åpen kontroll

NOU 2004:18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene

NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet

NOU 1991:20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming

Ot.prp.nr. 91 (2010- 2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Ot.prp.nr 57 (1995- 1996) Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m.v overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming - tilleggsproposisjon til Ot.prp.nr.58 (1994-1995))

Ot.prp.nr.55 (2002-2003) Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning)

Ot.prp.nr.58 (1994-1995) Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven. (bruk av tvang og makt m.v overfor personer med psykisk utviklingshemming)

Dommer:

Rt. 1995- 530

Rt. 1993- 249

Rt. 2010- 612

RG-2002-195 (Frostating)

Internasjonale dommer:

Waite mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, 10. desember 2002.

Botta mot Italia, The European Court of Human Rights, 24. februar 1998.

Thlimmenos mot Hellas, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. april 2000.

Malone mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. august 1984

Hafsteinsdottir mot Island, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juni 2004

Kruslin mot Frankrike, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. april 1990

Olsson nr. 1 mot Sverige, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. mars 1988

Dudgeon mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. oktober 1981

The Sunday Times mot The United Kingdom, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. april 1979

P.G. og J.H. mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. september 2001

Niemietz mot Tyskland, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. desember 1992

Pretty mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. April 2002

Storck mot Tyskland, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. juni 2005

Winterwerp mot Nederland, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. oktober 1992

Hutchison Reid mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20. februar 2003

H.L. mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. oktober 2004

H.M. mot Sveits, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. februar 2002

Guzzardi mot Italia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. november 1980

Engel m.fl. mot Nederland, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juni 1976

Herczegfavy mot Østerrike, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. september 1992

Series A no 6 mot Belgia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1968

Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. mai 1985

Handyside mot Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. desember 1976

Nettsider:

Mathias Sagdahl. *Autonomi* (2014). <http://snl.no/autonomi> [sitert 14.03.14]

Georg Kjøll. *Integritet* (2013). <http://snl.no/integritet> [sitert 12.03.14]

Ulrik Malt, *Utviklingshemning psykisk* (2009). http://sml.snl.no/utviklingshemning_psykisk [sitert 20.02.14]

